التوضيح

شرح مختصر ابن الحاجب

تصنيف

الشيخ الإمام العلامة

خليل بن إسحاق الجندي المالكي

رحمه الله تعالى

(ت/٧٧٦ هـ)

حققه وضبطه ووثق نصوصه

وخرج أحاديثه وعلق عليه

أبو الفضل الدمياطي

أحمد بن علي

المجلد الثالث

مركز التراث الثقافي المغربي

الدار البيضاء

دار ابن حزم

الطبعة الأولى
١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢م



ISBN 978-614-416-294-1

الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

مركز التراث الثقافي المغربي

الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس
هاتف: 022-442931/ فاكس: 022-442935
المملكة المغربية

دار ابن حزم

بيروت - لبنان - ص.ب : 14/6366
هاتف وفاكس : (009611) 300227 - 701974
البريد الإلكتروني : ibnhazim@cyberia.net.lb
الموقع الإلكتروني : www.daribnhazm.com

التوضيح

شرح مختصر ابن الحاجب

(٣)

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الجهاد

الْجِهَادُ وَاجِبٌ عَلَى الْكِفَايَةِ بِإِجْمَاعٍ.

الجهاد لغة: التعب، ومنه الجهد وهو المشقة، وشرعًا: هو تعب خاص، وهو مقاتلة العدو، وكان على الكفاية لأن المصلحة تحصل بالبعض.

قال في «الكافي»[١] : وفرض على الإمام إغزاء طائفة إلى العدو في كل سنة مرة يخرج معهم بنفسه أو يخرج من يثق به ليدعوهم إلى الإسلام ويرغبهم ، ويكف أذاهم ويظهر دين الله عليهم، ويقاتلهم حتى يدخلوا في الإسلام أو يعطوا الجزية.

ابن عبد السلام: والصواب لو قال على الجمهور موضع الإجماع، فقد حكي عن ابن المسيب، وابن شبرمة وغيرهما أنه فرض عين، وحكي عن سحنون أنه سنة وليس بفرض . انتهى.

وما حكاه عن ابن المسيب كذلك حكاه المازري، والذي حكى اللخمي عن ابن شبرمة ليس بفرض.

والذي لسحنون في «كتاب ابنه»: كان الجهاد فرضًا في أول الإسلام وليس اليوم بفرض، إلا أن يرى الإمام أن يغزو طائفة فيجب أن يطيعوه، ويكون جهازهم من بيت المال، وإذا تأملته تجده لا يدل على السنية؛ لأن قوله: وليس اليوم بفرض ، يحتمل أن يريد بفرض عين وهو الظاهر؛ لأنه كان في أول الإسلام فرضًا على الأعيان.

المازري ـ بعد أن نقل عن سحنون كما ذكرنا ـ: وحكي عن سحنون أيضًا أنه قال: كان في أول الإسلام فرضًا على جميع المسلمين وهو الآن مرغب فيه.

وأشار إلى أنه يمكن أن يؤول على من بعدت داره عن موضع الجهاد وقام في بعض المواضع من يكفي.

وقد ذكر في «المقدمات»[٢] أنه قال: الآن فرض كفاية بإجماع، كما قال المصنف،

---

(١) «الكافي» (ص/ ٢٠٥).

(٢) «المقدمات» (١/ ١٧١).

والله أعلم.

وَقَدْ جَاهَدَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي الثَّانِيَةِ مِنَ الْهِجْرَةِ غَزْوَةَ بَدْرٍ، ثُمَّ أُحُد ثُمَّ ذَاتَ الرِّقَاعِ، ثُمَّ الْخَنْدَقَ، ثُمَّ بَنِي النَّضِيرِ، وَمُرَيْسِيعِ وَفِيهَا اعْتَمَرَ عُمْرَةَ الْحُدَيْبِيَةِ الَّتِي صُدَّ عَنْهَا ثُمَّ خَيْبَرَ وَاعْتَمَرَ فِيهَا عُمْرَةَ الْقَضِيَّةِ، ثُمَّ فَتَحَ مَكَّةَ وَفِيهَا نَزَلَ عَلَى حُنَيْنٍ وَالطَّائِفِ، ثُمَّ تَبُوكَ وَهِيَ الأَخِيرَةُ، وَفِيهَا تَخَلَّفَ الثَّلَاثَةُ وَجَمَاعَةٌ، وَفِيهَا أَمَرَ أَبَا بَكْرٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ ـ أَنْ يَحُجَّ بِالنَّاسِ، وَحَجَّ ﷺ فِي الْعَاشِرِ وَتُوُفِّيَ بَعْدَ حَجِّهِ...

تبع في هذا ابن بشير، ومقصدهما بذلك: بيان مرتبة الجهاد في الدين؛ لمواظبته ﷺ.

واعلم أن المصنف ـ رحمه الله تعالى ـ إذا عطف بثم فالمراد سنة ثانية، وإن عطف بالواو فهو مع ما قبله في سنة واحدة، وقوله: (فِي الثَّانِيَةِ) أي: في السنة الثانية.

وَيَتَعَيَّنُ عَلَى مَنْ نَزَلَ عَلَيْهِمْ عَدُوٌّ وَفِيهِمْ قُوَّةٌ عَلَيْهِ، فَإِنْ عَجَزُوا تَعَيَّنَ عَلَى مَنْ قَرُبَ مِنْهُمْ حَتَّى يَكْتَفُوا، وَيَتَعَيَّنُ عَلَى مَنْ عَيَّنَهُ الإِمَامُ مُطْلَقًا...

يعني: أن الجهاد وإن كان فرضًا على الكفاية فهو يتعين في حالين:

الأول: أن ينزل العدو بقوم وفيهم قوة عليهم.

ابن راشد: ولا خلاف أعلمه فيما ذكره المصنف، قال في «الكافي»[١]: ولو قارب العدو دار الإسلام ولم يدخلها لزمهم الخروج.

قوله: (**فَإِنْ عَجَزُوا تَعَيَّنَ عَلَى مَنْ قَرُبَ مِنْهُمْ**) يريد: ما لم يُخَفْ من يليهم معرة العدو، فإن خافوا ذلك بأمارة ظاهرة فيلزموا مكانهم، قاله سحنون.

والحال الثانية: أن يعين الإمام طائفة فيتعين عليها.

قوله: (**مُطْلَقًا**) يحتمل تعينوا أم لا، ويحتمل جاوره العدو أم لا، ويحتمل كان من أهل الجهاد أم لا، كالعبد والمرأة فإنهما حينئذ يلزمهما الخروج، نص عليه ابن شاس[٢]، ويحتمل كان له مانع من أحد أبويه أو رب الدين أم لا، ويحتمل أن يريد جميع ذلك.

---

(١) «الكافي» (ص / ٤٦٣).

(٢) «الجواهر» (١/ ٤٦٣).

فرع:

ويسقط وجوب الجهاد بالعجز الحسي وبالموانع الشرعية.

أما العجز الحسي: فكالصبا، والجنون، والأنوثة، والعمى، والعرج، والمرض، والفقر - أعني العجز عن السلاح، والركوب عند الحاجة إليه، ونفقة الذهاب والإياب - ولا يسقط بالخوف من المتلصصين؛ لأن قتالهم أهم.

أبو إسحاق: وقطعَةُ الطريق أحق بالجهاد من الروم.

وأما الموانع الشرعية: فكالرق ، ومنع صاحب الدين ، ومنع الوالدين، أما الرقيق فليس له جهاد دون أمر سيده، وليس لرب الدين المنع بالدين المؤجل عن الجهاد ولا عن سائر الأسفار، فإن كان يحل في غيبته وكَّل من يقضيه، وإن كان حالاً ولا يقدر على قضائه فله السفر بغير إذن رب المال، وللوالدين المنع ولا يبلغ الجد والجدة أن يلحقا بهما، وسفر العلم الذي هو فرض عين ليس لهما منعه منه ، فإن كان فرض كفاية فليتركه في طاعتهما.

ولهما المنع من ركوب البحار والبراري الخطرة للتجارة، وحيث لا خطر لا يجوز لهما المنع، والأب الكافر كالمسلم فيما عدا الجهاد من ذلك.

وقال سحنون: وكذلك لهما المنع من الجهاد، إلا أن يعلم أن منعهما ليوهنا الإسلام.

وَالْقُوَّةُ أَنْ يَكُونَ الْعَدُوُّ ضِعْفَهُمْ فَمَا دُونَهُمْ عَدَداً ، وَقِيلَ: قوَّةً وَجَلَداً.

لما ذكر أن القوة شرط في تعيين الجهاد أخذ يفسرها، فذكر فيها قولين، والقول باعتبار العدد لابن القاسم وجمهور الأصحاب.

ابن عبد السلام: وهو المعروف.

والقول باعتبار الجلد لابن الماجشون، ورواه عن مالك، واختاره ابن حبيب، والأول أقرب إلى ظاهر قوله تعالى: ﴿ **فَإِن يَكُن مِّنكُم مِّائَةٌ صَابِرَةٌ** ﴾ الآية [الأنفال:٦٦] ، ولم تفرق الآية بين كافر وكافر.

وأيضًا فإن الإنسان قد يقاتل من لم يعاينه إلا حين القتال، فكيف يعلم منزلة من لم يخالط في الشجاعة.

اللخمي: ولا أراهم يختلفون أنه متى جهل منزلة بعضهم من بعض في القوة أنهم مخاطبون بالعدد، يريد أن هذا الاتفاق مما يقوي القول الأول؛ لأنه إذا حمل اللفظ في هذه الصورة على الحقيقة وجب حمله في سائر الصور على ذلك ، ولا يقال: إن المصنف فسر القوة بالقوة في القول الثاني؛ لأنه لما قرن القوة الثانية بلفظ الجلد صار كأنه فسر القوة في الآية بالشدة والجلد ، والله أعلم.

تنبيه:

يستثنى على المشهور من اعتبار العدد ما إذا لم يؤمن أن يكثر الكفار.

الباجي[1]: وأما إذا كان الكفار في بلادهم وحيث يخاف تكاثرهم فإن للعدد اليسير أن يولوا عن مثلهم ؛ لأن فرارهم ليس من العدد اليسير.

فَيَحْرُمُ الْفِرَارُ إلا مُتَحَرِّفًا أَوْ مُتَحَيِّزًا.

الفاء جواب شرط مقدر؛ أي: إن حصلت القوة فيحرم الفرار، وهو من الكبائر عند مالك وأصحابه.

ابن القاسم: ولا تجوز شهادة من فر من الزحف، ولا يجوز الفرار وإن فر إمامهم؛ لقوله تعالى: ﴿ **وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ إِلاَّ مُتَحَرِّفًا لِّقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَىٰ فِئَةٍ فَقَدْ بَاءَ بِغَضَبٍ مِّنَ اللَّهِ** ﴾ [الأنفال: ١٦].

ابن رشد[2]: وهذا ما لم يبلغ عدد المسلمين اثنى عشر ألفًا ، فإن بلغ اثنى عشر ألفًا لم يحل الفرار وإن زاد عدد المشركين على الضعف؛ لقوله ﷺ: «**لن تُغلب اثنا عشر ألفًا من قلة**»[3]، فإن أكثر أهل العلم خصصوا بهذا الحديث عموم الآية، وروي عن مالك ما يدل على ذلك من مذهبه ، وهو قوله للعمـري العابد إذ سأله: هـل لي سعة في ترك

---

(١) «المنتقى» (٤/ ٣١٧).

(٢) «البيان والتحصيل» (٢/ ٥١٧).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٦١١)، والترمذي (١٥٥٥)، وأحمد (٢٦٨٢)، وابن حبان (٤٧١٧)، والحاكم (١٦٢١)، وأبو يعلى (٢٥٨٧)، من حديث ابن عباس ـ رضي الله عنهما.
قال الحاكم : هذا إسناد صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.
وصححه الألباني ـ رحمه الله.

مجـاهدة من غَيَّر الأحكام وتركها؟ : إن كان معك اثنا عشر ألفًا مثلك فلا سعة لك في ذلك. انتهى.

والمتحرف : هو أن يرى من نفسه الانهزام وليس هو مقصده حتى يتبعه العدو فيرجع عليه، وهو من أحد مكائد الحرب.

والتحيز: هو الرجوع إلى الأمير أو جماعة بشرط القرب.

مالك: وأما إن بعد الأمير والجيش منه فلا يجوز ذلك.

قال صاحب «النوادر»[(١)] : وفي «الموازية»: لا يجوز لأحد الانحياز إلا عن خوف بيِّن، وعن جيش [مستطلع][(٢)] أو ضعف من السلطان، وأما عن أمن متناصف وفي الغلبة مطمع فلا، ولا يكون لأمير الجيش ما يكون للسرايا من الانحراف والتولي عنهم، ولهم سعة في أن يثبتوا لقتال أكثر من الضعفين والثلاثة بأضعاف كثيرة وهم يجدون مصرفًا عنهم، فإن علموا أنهم مقتولون إن ثبتوا فأحب إلي أن ينصرفوا إن وجدوا إلى ذلك سبيلاً، فإن لم يجدوا فلهم أن يقاتلوا حتى يقتلوا، فمن احتسب نفسه على ذلك فهو الشهيد، ومن ثبت حتى قتل ولم يجد مصرفًا فإنه يرجى له فضل الشهادة كما قال عمر، وروي عن مالك الكراهة لذلك . انتهى.

واختلف قول مالك في إقدام الرجل على العدد الكثير والجيش الذي يوقن أنه يقتل بشرط أن يوثر فيهم بالجواز والكراهة .

قال في «البيان»[(٣)]: والصحيح الجواز.

ابن عبد السلام: والظاهر من قوله أن ذلك إنما يسوغ بشرط أن يعلم ذلك الواحد من نفسه من الشجاعة ما يكون عنها نكاية العدو وإن قتل ، ويشترط أن يخلص النية لله تعالى لا لإظهار شجاعة ، وإن كان كذلك حصل منه إرهاب العدو، وهما إحدى فوائد الجهاد، ولم يكن من إتلاف النفس بغير فائدة.

وَيَجِبُ مَعَ وِلاةِ الْجَوْرِ أَيْضًا عَلَى الأَشْهَرِ.

---

(١) «النوادر والزيادات» (٣/ ٥١).

(٢) في ط : مستطيع، والمثبت من «النوادر».

(٣) «البيان والتحصيل» (٢/ ٥١٧).

القولان في «المدونة» والأشهر هو الذي رجع إليه مالك ارتكابًا لأخف المفسدتين؛ لأن الغزو معهم إعانة على جورهم، وترك الغزو معهم خذلان للإسلام.

ابن حبيب: سمعت أهل العلم يقولون :لا بأس به وإن لم يوفوا بعهد ولا يضعوا الخمس موضعه.

ابن المواز: ولا يجوز خروج جيش إلا بإذن الإمام، وسهّل مالك لمن يجد فرصة من عدو قريب أن ينهضوا إليهم بغير إذن الإمام، ولم يجز ذلك السرية ويحرمهم ما غنموا .

سحنون : إلا أن تكون جماعة لا يخاف عليها فلا يحرمهم ، يريد: وقد أخطؤوا .

قيل: والخلاف في الجهاد مع ولاة الجور إنما هو إذا كان معهم من يقاتل، وإلا فيجب عليهم بالاتفاق.

فرع:

روى عيسى عن ابن القاسم قال: سئل مالك عن الوالي إذا قام عليه قائم يطلب إزالة ما بيده، هل يجب علينا أن ندفع عنه غيره؟ قال: أما مثل عمر بن عبد العزيز فنعم وأما غيره فلا، فدعه وما يريد منه، ينتقم الله من ظالم بظالم ثم ينتقم من كلاهما.

وفي وُجُوبِ الدَّعْوَةِ ثَلاثُ طُرق: الأولَى : تَجِبُ فِيمَنْ بَعْدَهُ ، وَالثَّانِيَةُ: ثَالِثُهَا الأولَى ، وَالثَّالِثَةُ : رَابِعُهَا تَجِبُ فِي الْجَيْشِ الْكَثِيرِ الآمِنِ...

تصور كلامه لا يخفى عليك.

وذكر ابن بشير الأقوال الأربعة، قال: واختلف الشيوخ في ضبط المذهب ، فذكر الطرق الثلاثة التي ذكرها المصنف.

ابن عبد السلام: إلا أنَّ جَعْل هذا الخلاف في الوجوب لا تساعده الروايات إذا تأملت ألفاظها، وإنما يقولون: يُدعى العدو إن بعدت داره أو على حالة ما، وهو محتمل للاستحباب، وربما صرحوا بذلك، والذي لم نشك فيه أنا إذا لم نعلم حال العدو وهل بلغته الدعوة أم لا كانت الدعوة مستحبة؛ لأن الغالب بلوغها إليه، وإن انضاف إلى ذلك رجاء الإجابة وجبت.

اللخمي: واتفق على وجوبها في حق من لم تبلغه ، وهي في حق من بلغته على

أربعة أوجه: واجبة، ومستحبة، ومباحة، وممنوعة.

والواجبة: إذا غلب على ظننا أنهم إذا دعوا أجابوا، وكان جيش الكفار لا طاقة لهم بالمسلمين.

والمستحبة: إذا شك هل يجيبون أم لا؟

والمباحة: إذا علم أنهم لا يجيبون.

والممنوعة: إذا كان بالمسلمين قلة ويخشى بالدعوة على المسلمين، ولا يشك في سقوطها إذا عاجلونا.

المازري: «وفي المدونة»[١] الأمر بدعاء السَّلاَّبة غير قتالهم، وهو يحسن على القول بأن الدعوة يؤمر بها وإن كان عالمًا؛ لأن السَّلاَّبة مسلمون وهم عالمون بأنهم ظالمون.

تنبيه:

هذا الخلاف في الروم، وأما القبط، ففي «المدونة»[٢]: لا يقاتلون ولا يبيتون حتى يدعوا ولم ير أن دعوة الإسلام قد بلغتهم.

ابن يونس[٣]: يريد أنهم قوم لا يفقهون، فكأنه رأى أنهم لم يفقهوا ما يدعون إليه فرأى أن يدعوا وتبين لهم الدعوة؛ لا كما قيل: إنما ذلك لأن مارية القبطية أم ولده ﷺ، وأنكر ذلك بعض الناس وقال: القبط من أحذق الناس، وإنما العلة فيهم: أنه كان لهم عهد فركبوا بالظلم وتداول الملوك ذلك من أهل الجور فنقضوا ما كانوا عليه من العهد، فلذلك لم يقاتلوا حتى يدعوا ويخبرون أنهم يردون إلى ما كانوا عليه، ويسار فيهم بالعدل وطريق الحق، وأما الروم فما كان لهم عهد قط.

فرع:

فإن قوتل من لم تبلغه الدعوة قبلها فقتلوهم وغنموا أموالهم وأولادهم، فمذهبنا: أنه لا شيء على المسلمين من دية ولا كفارة.

المازري: وهو مذهب أبي حنيفة.

وقال الشافعي: فيه الدية، وحجتنا: أن النهي عن قتالهم قبل الدعوة لا توجب مخالفته الدية؛ كقتل النساء والصبيان.

---

(١) «المدونة» (٣/٣).

(٢) «المدونة» (٣/٣). (٣) «الجامع» (٣ / ٩٣).

وحكى المازري عن بعض أصحابنا البغداديين: أنه لو ثبت لنا أن هذا المقتول متمسك بكتابه وآمن بنبيه حسبما اقتضاه كتابه، ولكنه لم يعلم ببعثته ﷺ فقتل قبل الدعوة فإن فيه الدية.

وهِيَ أَنْ يدْعوا إلَى الإسْلامِ أو الجزْيَةِ.

ليس هو مخير كما هو ظاهر كلامه، بل يدعون أولاً إلى الإسلام فإن أبوا فإلى الجزية.

التونسي: وفي «الواضحة»: إذا وجبت الدعوة فإنما يدعون إلى الإسلام جملة من غير ذكر الشرائع إلا أن يسألوا عنها فتبين لهم، وكذلك الجزية جملة بلا توقيت ولا تحديد إلا أن يسألوا فتبين لهم.

وذكر اللخمي وغيره: أن صفة الدعوة تختلف وكلها راجعة إلى أن يدعى إلى الرجوع عن الوجه الذي به كفر.

ونص اللخمي على أن الكافر إذا أقر بالألوهية والرسالة، ثم أنكر الإقرار بالصلاة، أو بالزكاة، أو بالصوم ، أو بالحج كان على حكم المرتد، فإن رجع وإلا قتل.

وذكر المتيطي عن مالك وابن القاسم وغيرهما: أن إسلام الكافر لا يصح إلا بعد إقراره بفروع الشريعة، وأنه إذا أقر بالوحدانية والرسالة ثم رجع أن يؤدب ويشدد عليه، وإن أبى لم يكن عليه شيء، قال : وبه أخذ ابن عبد الحكم، وبه القضاء والعمل.

وحكى ما ذكره اللخمي عن أصبغ قال: وإن اغتسل لإسلامه ولم يصل إلا أنه أحسن إسلامه ثم رجع عن إسلامه، فإنه يؤخذ بالصلاة فإن صلى وإلا قتل.

قال ابن القاسم: ولا يقتل حتى يصلي ولو ركعة واحدة.

وَلا يُسْتَعَانُ بِالْمُشْرِكِينَ فِي الْقِتَالِ إلا أنْ يَكُونُوا نَوَاتِيَةً أَوْ خَدَمًا.

لقوله جل ثناؤه: ﴿ وَلَا تَتَّخِذُوا مِنْهُمْ وَلِيًّا وَلَا نَصِيراً ﴾ [النساء:٨٩] ولما في الصحيح من قوله ﷺ لليهودي الذي اتبعه: «**ارجع فلن أستعين بمشرك**»[(١)]، واختلف إذا خرج الكفار من تلقاء أنفسهم، فظاهر ما في سماع يحيى أنهم لا يمنعون.

---

(١) أخرج مسلم (١٨١٧) من حديث عائشة ـ رضي الله عنها.

وقال أصبغ: يمنعون أشد المنع.

وقوله: **(إِلا أَنْ يَكُونُوا نَوَاتِيَةً أَوْ خَدَمًا)** نحوه في «المدونة»[١] ، وينبغي أن تقيد النواتية بما إذا كانوا تبعًا لغيرهم.

ابن حبيب[٢]: ويستعملون في رمي المجانيق وهدم الحصون ، قال: ولا بأس أن يقدم مَنْ له سالمة مِنَ الحربيين على من لم يسالمه بالسلاح ونحوه ويأمرهم بنكايتهم، ولا بأس أن يكونوا من سالمه بحذاء عسكره وقربه ما لم يكونوا في داخل عسكره، وكره بعض أهل المدينة رميهم بالمجانيق.

قال في «الجواهر»[٣]: وتجوز الاستعانة بالعبيد إذا أذن السادة ، وبالمراهقين إن كانت فيهم قوة.

ولا بَأسَ أَنْ يَجعلَ القَاعِدُ لِلْخَارِجِ جُعْلاً وهُمَا مِن دِيوَانٍ وَاحِدٍ، مَضَى النَّاسُ عَلَى ذَلِكَ...

يعني: إذا عين بعثًا فأراد بعض من أمر بالخروج أن يجعل جُعلاً، جاز بشرط أن يكونا من ديوان واحد.

مالك في «المدونة»[٤] : لأن عليهم سد الثغور ،وربما خرج لهم العطاء، وربما لم يخرج، قال فيها: ولا يعجبني أن يجعل لمن ليس معهم في ديوان ليغزو عنه، وقد كره مالك لمن في السبيل إجارة فرسه لمن يرابط عليه أو يغزو عليه، كمن بعسقلان وشبهها، فهو إذا أجر نفسه أشد كراهة.

وكان مالك ـ رحمه الله ـ أشار إلى أن الأصل منع هذه الإجارة؛ لكونها إجارة مجهولة، وإنما أجاز ذلك إذا كانا من ديوان واحد؛ لأن على كل واحد منهما ما على الآخر فليست إجارة حقيقية، وما ذكرناه من عدم الجواز إذا لم يكونا من ديونا واحد كذلك صرح به التونسي، قال هو وابن يونس[٥] وغيرهما: ولا يخرج أحد عن أحد إلا بإذن الإمام ولو كان الثاني أشجع؛ لأن الإمام قد يرى من سماه أولى.

---

(١) «المدونة» (٣/ ٤٠).
(٢) انظر: «النوادر والزيادات» (٣ / ١٨٨).
(٣) «الجواهر» (١/ ٤٦٧).
(٤) «المدونة» (٣/ ٤٤).
(٥) «الجامع» (٣ / ٩٧).

التونسي: أما إذا قال: يخرج من البعث الفلاني مائة، فأعطى بعضهم لبعض على أن يخرج عنه، فقال الإمام: إذا أخرج جاز ذلك؛ لأن الإمام لم يسمِّ أحدًا، ولو قال: يخرج جملة بعث أهل الصيف، فأراد بعضهم أن يجعل لمن يخرج في الربيع لم يجز إلا بإذن الإمام، لأنه قد عين من يخرج فلا يخرج غيره إلا بإذنه ، وينبغي إذا أتاه من يقوم مقامه ألا يكلفه الخروج؛ إذ لا ضرر عليه في ذلك، وهذا جائز إلا لمن وقف نفسه لهذا يلتمس الزيادة فمتى وجدها خرج، فمكروه.

ولا يُسَافَرُ بِالنِّساءِ إِلَيْهِمْ إلا فِي جَيْشٍ كبيرٍ آمِنٍ، ولا يُسَافَرُ بِالْمُصْحَفِ إِلَيْهَا بِحَالٍ...

إنما لم يسافر بالنساء إليهم خشية أن ينال المرأة العدو ، إلا في جيش كبير آمن؛ لأن الغالب حينئذ السلامة، وقد ثبت أنه ﷺ كان يسافر في الغزو ببعض نسائه؛ وقالت الرُّبَيِّعُ بنت مُعَوِّذ: **كنا نغزو مع الرسول ﷺ فنسقي القوم ونخدمهم**... الحديث، والأمن مع النبي ﷺ موجود ومفهوم.

وقوله: (إِلَيهِمْ) جواز السفر بهن في أرضنا كالثغور وليس على إطلاقه ، بل قيد ذلك سحنون بالمواضع المأمونة الكبيرة كالإسكندرية وتونس ، وشك في صفاقس وسوسة ومثله لمالك.

مالك: ورب ثغر فيه ألف رجل ليس بمأمون ولم يسافر بالمصحف إليهم بحال خوفًا من أن يناله العدو، والفرق بين المصحف والنساء، أن المصحف قد يسقط ولا يشعر به بخلاف المرأة فإنها تذكر نفسها؛ ولأن النهي في المصحف عام.

ففي «الموطأ»[١] : **نهى رسول الله ﷺ أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو، وذلك مخافة أن يناله العدو.**

وقال في «الاستذكار»[٢]: هكذا قال يحيى وأكثر الرواة، وقال ابن وهب عن مالك في آخره: «**خشية أن يناله العدو**»، ولم يجعله من قول مالك؛ وهو بلفظ مرفوع صحيح، وكذلك رواه جماعة.

---

(١) أخرجه مالك (٩٦٢)، والبخاري (٢٨٢٨)، ومسلم (١٨٦٩) من حديث ابن عمر ـ رضي الله عنهما.

(٢) «الاستذكار» (٥/ ٢١).

ابن الماجـشـون: ولو أن الطاغية كتـب إلى الملك أن يبعث إليه مصحفًا ليتدبره، فلا ينبغي لأنه نجس؛ هكذا نقل صاحب «النوادر»[١] وابن يونس[٢].

ونقل الباجي[٣] عنه عدم الجواز وهو مقتضى التعليل.

ابن الماجشون: ولا بأس أن يقرأ الرجل القرآن على الكفار ويحتج عليهم به، وقال في «الاستذكار»[٤] : واختلفوا في تعليم الكفار القرآن، فأجازه أبو حنيفة، وكذلك الفقه رجاء أن يرغبوا في الإسلام، وقال مالك: لا يعلم القـرآن ولا الكتاب، وكره رقية أهل الكتاب، واختلف فيها قول الشافعي.

وكره مالك وغيره أن يعطى الكافر درهمًا فـيه آية من القرآن؛ ولا خلاف فيه إذا كانت آية تامة، وإنما اختلفوا فيها إذا كان فـيه اسم من أسماء الله تعالى، ولم تكن الدراهم عليها اسم الله تعالى، وإنما ضربت دراهم الإسلام في أيام عبد الملك بن مروان ، انتهى.

ابن عبـد السلام ـ بعد أن ذكر قول مالك وأبي حنيفة ـ: وأجاز الجميع أن يقرأ عليهم القرآن، وأن يبعث إليهم بالكتاب فيه آيات من القرآن والأحاديث بذلك كثيرة.

وَإِذَا تَسَاوَتِ الأَحْوَالُ عِنْدَ الْمَـغْلُوبِ فِي الْعَطَبِ، فَالْمَشْهُورُ: جَوَازُ الانْتِـقَالِ وَلَو رَجَا أَحَدُهُمَا وَجَبَ عَلَيْهِ...

قـال في «المدونة»[٥]: وإذا حرق العدو سفينة للمسلمين فلا بأس أن يطرحوا أنفسهم في البحر؛ لأنهم فروا من مـوت إلى موت، وهو أحد قولي ربيعة، قال: وإن صـبروا فهو أكرم، ومقابل المشهور لابن القاسم في «الموازية»: أنه لا ينتقل، واختاره ابن المواز؛ لأن في انتقاله سببًا لقتل نفسه، وبه قال ربيعة في أحد قوليه.

وقوله: (**وَلَو رَجَا أَحَدُهُمَـا وَجَبَ عَلَيْهِ**) أي: فلو رجا النجاة في أحد تلك الأحوال وجب وهو ظاهر، وكذلك عبـر ابن بشير بالوجوب ، وعبارة المتـقدمين في هذه المسألة : فله ذلك.

---

(١) «النوادر والزيادات» (٣/ ٥٥). (٢) «الجامع» (٣ / ٩٨).
(٣) «المنتقى» (٤/ ٣٣٠).
(٤) «الاستذكار» (٥/ ٢٢).
(٥) «المدونة» (٣/ ٢٥).

وسئل ربيعة عن مدينة حاصرها العدو فضعفوا عن قتالهم وليس عندهم ما يكفيهم أيخرجون للقتال أم يصبرون حتى يموتوا جوعًا؟ قال: بل يخرجون إلى القتال أحب إليَّ.

ابن سحنون[1]: فلو بلغ بهم الجوع حتى لا يقدروا على القتال، فإن طمعوا في الأسر مفاداة أو نجاة وقد عرف ذلك من العدو، فليخرجوا إليهم، وإن كانوا يقتلونهم فليصبروا للموت جوعًا وعطشًا.

التونسي: ولم يبح لهم الخروج، ولعل ذلك أروح لهم.

وقد اختلف في المركب من المسلمين يلقي الروم عليها النار، هل يثقل الرجل نفسه ليغرق؟ وكأنه اعترض عدم جواز الخروج؛ لأن القتل صبرًا أهون من الصبر للجوع، وقد يجاب عن هذا بما قاله ابن عبد السلام.

الشافعي: إنه إذا كانت إحدى الطائفين في الحالتين يطول بقاؤه معها أكثر، تعين الانتقال إليها وهو ظاهر؛ لأن حفظ الحياة واجب ما أمكن.

وروى أبو الفرج عن مالك: لا حرج على من أظله العدو في البحر أن يلقي نفسه فيه.

اللخمي: وليس بالبين ، ولا أرى يلقي بنفسه مع رجاء الأسر؛ لأنه قدم الموت على الحياة مع الأسر، واستشكال اللخمي ظاهر، وهذه الرواية مخالفة لما تقدم، إلا أن يأول أن العدو إذا أسروه لا يبقوه.

وَإذا اؤْتُمن الأَسيرُ طَائعًا لَمْ تَجزِ الخيَانَةُ، وإِلا جَازَت ويَمْلِكُهُ ، وكَذَلكَ مَنْ أَسْلَمَ مِنهُمْ ويَأْتِي بِمَالِ غَيْرِه، وَلا يُخَمَّسُ.

يدخل في قوله: **(وإلا جَازَت)** صورتان: إذا لم يؤتمن، أو اؤتمن مكرهًا، وكذلك قال ابن بشير.

وفي «**اللخمي**»: لا يهرب ولو كان مكرهًا؛ لأن ذلك يؤدي إلى الضرر بالمسلمين والتضييق على من بأيديهم من الأسارى ويرون أن المسلمين لا يوفون بالعهد.

وتكلم الأصحاب هنا على ما إذا اؤتمن على نفسه أو مال ، والظاهر: أن المصنف إنما تكلم على المال؛ لأن ذلك المتبادر من لفظ الأمانة؛ ولقوله: **(ويملكُهُ)** فإن الملك لا يكون إلا في المال، واختلف في النفس والمال، فقال سحنون: عليه أن يؤدي أمانته في نفسه وماله.

---

(١) انظر: «النوادر والزيادات» (٣/ ٥٤).

وفي «البيان»[١]: عن المخزومي وابن الماجشون: له أن يهرب ويأخذ من أموالهم ويقتلهم وإن ائتمنوه ، فإن أحلفوه فلا حنث عليه؛ لأن أصل يمينه الإكراه.

ونقل ابن عبد السلام وغيره عن مالك: أنه يهرب بنفسه لا بماله، وكذلك نقله في «الكافي»[٢] عن مالك، وقال: عليه أن يخرج ويكفر عن يمينه إن لم يكره عليها ، وإن أكره فلا كفارة عليه ، قال: وهو الصحيح.

وفرق ابن المواز ، فقال: إن كان ذلك بعهد ووعد فذلك يلزمه، وأما بالطلاق والصدقة فلا يلزمه ولا حنث عليه فيه لأنه مكره، وقاله ابن القاسم وزاد : وللأسير أن يسرق من مال العدو ولا يعاملهم بالربا.

وقال أشهب: إن دفعوا إليه ثوبًا يخيطه فلا يحل له أن يسرق منه شيئًا؛ لأنه اؤتمن عليه.

ابن المواز: وما أقر به بعد تخلصه إلى بلد الإسلام أنه كان فعله من سرقة، أو زنًى أو خيانة، أو ربا، فلا شيء عليه في السرقة، وأحب إليَّ أن يتصدق بقدر ما أربى به، أو خان، إذ لا يقدر على رد ذلك إلى أهله، واختلف في زناه، فقال ابن القاسم: يقام عليه الحد إن شهد عليه أو أقر وأقام على إقراره ولم يرجع، وقاله أصبغ، وسواء زنى بحرة أو مملوكة.

وقال عبد الملك: لا حد عليه في زناه ولا في سرقته.

قوله: (وَلا يُخَمَّسُ) راجع إلى المسألتين ؛ لأن الحكم فيهما عدم التخميس ، إذ لم يوجفُ عليه بخيل ولا ركاب وهذا هو المشهور.

وحكى في «البيان»[٣]: عن ابن المواز: أن عليه الخمس إن كان أسر ببلد الحرب؛ لأنه لم يصل إلا بالإيجاف ، بخلاف ما إذا أسر من بلاد المسلمين.

قال: وقوله بعيد على أنه إنما ساقه في كتابه على أنه تفسير للمذهب.

وَيَجِبُ فِدَاءُ الْمُسْلِمِينَ.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٣/ ٧٤).

(٢) «الكافي» (ص/ ٢٠٩).

(٣) «البيان والتحصيل» (٣/ ٧٤).

وهذا كقول مالك في «العتبية»(١) : يجب على المسلمين فداء أسراهم بما قدروا عليه، كما يجب عليهم أن يقاتلوا حتى يستنقذوهم، وإن لم يقدروا على فدائهم إلا بكل ما يملكون فذلك عليهم.

الباجي(٢): والوجوب قول جمهور الأصحاب.

وسئل أشهب عن المفاداة بالخمر، فقال: لا يدخل في نافلة بمعصية، فسماه نافلة.

المازري: ولعل أشهب ما قصد ما يدل عليه حقيقة، وإنما عبر بالنافلة لأنه لما كان الفداء لا يمكن أن يكون إلا بالخمر سقط وجوبه وصار من جهة السقوط كالنافلة التي لا تجب.

صاحب «البيان»(٣): ويبدأ بالفداء من بيت المال، فإن عجز عنه بيت المال، فهو على جميع المسلمين على قدر أموالهم والأسير كأحدهم ، فإن تعذر هذا وجب عليه أن يفدي نفسه من ماله.

وفي «الاستذكار»(٤) : تقديم الأسير على جماعة المسلمين في فداء نفسه، ومقتضاه أنه قول مالك.

وقال اللخمي: أرى أن يبدأ بمال الأسير ثم بيت المال، فإن لم يكن أو لم يتوصل إليه فمن الزكاة على المستحسن من القول، فإن لم يكن فعلى جميع المسلمين على قدر الأموال إذا كان لا يستغرق أموالهم، وإن كان يستغرقها افتدى بجميعها.

وَفِي الْمُفَادَاةِ بِالْخَمْرِ وَنَحْوِهِ وَآلَةِ الْحَرْبِ، ثَالِثُهَا: يُفَادَى بِآلَةِ الْحَرْبِ، وَرَابِعُهَا : بِالْخَمْرِ وَنَحْوِهِ دُونَهَا...

المنع مطلقًا لابن القاسم، والجواز مطلقًا لسحنون، قال: ويبتاع لهم الخمر للفداء، هكذا نقل الباجي(٥) عنه، ونقل اللخمي ، وصاحب «البيان»(٦) ، وابن يونس(٧) عنه أنه

---

(١) «البيان والتحصيل» (٣/ ٨٠).
(٢) «المنتقى» (٤/ ٣٤٤).
(٣) «البيان والتحصيل» (٣/ ٨٠).
(٤) «الاستذكار» (٥/ ٥٨).
(٥) «المنتقى» (٤/ ٣٤٤).
(٦) «البيان والتحصيل» (٣/ ٨١).
(٧) «الجامع» (٣ / ١١٨).

قال: ويأمر الإمام أهل الذمة بدفع ذلك إليهم ليحاسبهم بذلك في الجزية.

والقول بجواز المفاداة بالخيل والسلاح دون الخمر والخنزير وما أشبههما لابن الماجشون وأشهب ؛ لئلا يتذرع إلى ملك الخمر وإشاعتها في أسواق المسلمين، والرابع عكس الثالث.

ونسبه اللخمي وابن راشد لابن القاسم في «الموازية»؛ لأنهم يتقوون على المسلمين بآلة الحرب، وسبب الخلاف تعارض مفسدتين:

إحداهما: إعانة الكفار بآلة الحرب والخمر.

والثانية: بقاء المسلمين بأيديهم.

وينبغي على هذا أن تتبع المصلحة الراجحة.

وفِي الْمُفَادَاةِ بِأَسَارَى الْعَدُوِّ الْمُقَاتِلَةِ قَوْلانِ.

القول بالجواز لأصبغ؛ لما في مسلم : **أنه ﷺ فدى أسيرين مسلمين بمشرك**[١] . وقيده اللخمي بما إذا لم يخش بتسليمهم الظهور على المسلمين.

ابن عبد السلام: ولا شك أن منع المفاداة بآلات الحرب أنه يمنع المفاداة في هذا الفرع. انتهى، أما من لم يقاتل ،فقال سحنون: لا بأس أن يفدوا بصغار أطفال المشركين إذا لم يسلموا، أو بالذمي إذا رضى الذمي وكانوا لا يسترقونه.

ولا يَرْجِعُ عَلَى الأَسِيرِ مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيا وإِنْ كَانَ غَنيا، إلا مَنْ يَقْصِدُ الرُّجُوعَ عَلَيْهِ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ ، وإِنْ كَانَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ، وَقِيلَ: إلاَّ فِيمَا يُمْكِنُ بِدُونِه وفِيمَنْ يُرْجَى خَلاصُهُ.

الباجي[٢]: الذي عليه جمهور أصحابنا أنه يرجع على الأجنبي مطلقًا إلا أن يريد الصدقة، وعلى الأقارب الذين ليسوا من ذوي المحارم، ولا يرجع على أقاربه الذين يعتقون عليه.

ابن راشد: فجعل الرجوع على الأجنبي والقريب غير ذوي المحرم أصلا، والمصنف جعل عدم الرجوع أصلا إلا أن يقصد الرجوع ، ويحتمل أن يكون ما قاله المصنف موافقًا

---

(١) أخرجه مسلم (١٦٤١) من حديث عمران بن حصين ـ رضي الله عنه.

(٢) «المنتقى» (٤/ ٣٤٤).

للباجي بأن يريد إلا أن يُقصد بضم الياء على البناء لما لم يسمَّ فاعله؛ أي: لا يرجع إلا على من يقصد الرجوع عليه في العادة وهو الأجنبي، ومن ليس بذي محرم من الأقارب، وحمله على هذا أولى؛ لمطابقة كلام الباجي، انتهى.

وانظر قول الباجي[1] الذي عليه جمهور أصحابنا، فإنه لم يذكر مقابل الجمهور، وعلى الرجوع، فقال الباجي[2]: يرجع بمثل ما اشتراه به إن كان مثليا، أو بقيمته إن كان مقومًا .

ابن عبد السلام: وفي الرجوع بالقيمة هنا: نظر؛ لأن الفادي كالمسلف للأسير، والسلف يقضى فيه بالمثل إن كان السلف مثليا.

قوله: (**وَقِيلَ: إلاَّ فِيمَا يُمْكِنُ...**) إلخ هذا القول للّخمي ، استثنى صورتين:

الأولى: إذا أمكن الفداء بأقل مما فدي به فلا يلزمه إلا ذلك الأقل.

الثانية: أن يمكن الأسير التخلص من غير شيء فلا يلزمه شيء، ويشترط في الصورتين جميعًا عنده: أن تكون قدرة الأسير على ما زعمه معلومة.

خليل: وينبغي أن يكون تقييدًا، كما قالوا في الرجل يأتي بالبقر يحرث بها أرضه، فيغلط فيحرث أرض جاره ثم يطلب أجرة الحرث من جاره، فإن كان جاره يحرثها بنفسه وعبيده فلا شيء عليه، وإن كان إنما يحرثها بالأجرة فإنه يرجع عليه بها.

ولْيَتْبَعْ ذِمَّتَهُ إِنْ كَانَ فَقِيراً.

يعني: إذا قلنا بالرجوع فلا يسقطه فقره بل تتبع ذمته.

ابن راشد: وكذلك إن علم أنه فقير وفداه فإنه يرجع عليه، وهو قول ابن القاسم.

وقال في المنفق على الصبي الفقير: لا يرجع عليه بما أنفق ورآه محتسبًا.

والفرق: أن الكبير قادر على التكسب بخلاف الصبي، وقال بعض الأندلسيين: لا يرجع على الفقير.

وفِي رُجُوعِ الْمُسْلِمِ عَلَيْهِ بِالْخَمْرِ ونَحْوِه إِنْ كَانَ اشْتَرَى الْخَمْرَ لِذَلِكَ قَوْلانِ، بِخلافِ الذِّمِّي...

---

(١) «المنتقى» (٤/ ٣٤٤).

(٢) «المنتقى» (٤/ ٣٤٤).

لا إشكال أن الذمي يرجع بقيمة الخمر والخنزير ونحو ذلك، وأما المسلم فقال سحنون: لا يرجع بقيمة ذلك.

الباجي: ويحتمل على قوله بإجازة الفداء بالخمر والخنزير أن يرجع على الأسير بثمن ذلك.

ابن عبد السلام: ولا يوجد القول بالرجوع إلا ما قاله الباجي وجعله محتملاً.

فرع:

سحنون: ومن فدى خمسين أسيرًا ببلد الحرب وفيهم الْمَلِيء والمعدم؛ فإن كان العدو قد عرف ذلك منهم قسم عليهم الفداء على تفاوت أقدارهم، وإن جهل العدو ذلك منهم قسم عليهم بالسواء؛ وإن كان فيهم عبيد فهم سواء وساداتهم بالخيار بين أن يفدوهم أو يسلموهم.

فَإِنْ كَانَ قريبًا لا يَرْجِعُ عَلى مِثْله فِي الْهِبَة ، فَثَالثُهَا: إنْ كَانَ مِمَّنْ يُعْتَقُ عَلَيْه فَلا رُجُوعَ إلا أنْ يَأمُرَهُ مُلْتَزِمًا عَلَي الأصَحِّ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَارفًا بِه رَجَعَ عَلَى الأصَحِّ.

قوله: (**لا يَرْجِعُ عَلى مِثْله فِي الْهِبَة**) أي: هبة الثواب، وسيأتي ذلك في بابه إن شاء الله تعالى، ثم قسم المسألة على قسمين: تارة يكون عارفًا به، وتارة لا يكون عارفًا به، وذكر في العارف ثلاثة أقوال ـ وتصورها من كلامه ظاهر:

الأول: عدم الرجوع مطلقًا.

والثاني: مقابله.

والثالث: التصنيف.

ومراد المصنف بالقريب: من كان ذا محرم، وأما ذو الرحم وليس بمحرم فلا خلاف أنه كالأجنبي ويتبعه مطلقًا، قاله في «المقدمات»[1]، وليس من الأقوال الثلاثة ما هو منصوص إلا القول الأول بعدم الرجوع، وهو قول ابن حبيب وسحنون.

والقول بالرجوع مطلقًا خرجه بعضهم من قول المغيرة في المكاتب يؤدي عمن معه في الكتابة أنه يرجع عليه، كان ممن يعتق عليه أم لا، وهكذا قال ابن راشد: إنه لم يقف إلا

(١) «المقدمات» (٢/ ١٤٣).

على القول بعدم الرجوع ، وزعم ابن عبد السلام أن الثالث هو المنصوص، وفيه نظر؛ فإني لم أره في شيء من الأمهات ، ثم كلامه يقتضي أن القول بنفي الرجوع مطلقًا ليس بمنصوص، وقد نقله ابن يونس والباجي وغيرهما.

وفي «الكافي»(١): عن مالك، وابن القاسم: أن من فدى قريبًا لا يعتق عليه كالخالات لا يرجع عليه، إلا أن يكون لم يعلم به حين الفداء ، وأن من فدى من يعتق عليه فلا رجوع له عليه مطلقًا علم أو لم يعلم، ولا يقال هذا الثالث في كلام المصنف؛ لأن هذا القول فيه تفصيل بين العلم وعدمه.

وكلام المصنف إنما هو مع العلم؛ لقوله بعد ذلك: (**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَارِفًا**).

وفي «المقدمات»(٢) : إن كان قريبًا يعتق عليه، فقال ابن حبيب: لا يتبعه، وقيل: لا يتبعه إذا علم. وهو الذي يأتي على ما في «المدونة»، واختلف إذا كان لا يعتق عليه، فقيل: إنه كالزوجة لا يتبعه إذا علم إلا إذا فداه بأمره، وقيل: كالأجنبي يتبعه في كل حال.

وقوله: (**إلا أَنْ يَأْمُرَهُ**) **ابن عبد السلام:** هو استثناء من تمام القول الثالث ويتعدى بالمعنى إلى القول الأول؛ يعني: أنه يقول بإسقاط رجوع الفادي إذا لم يأمره الأسير، فإن أمره الأسير بذلك ملتزمًا للأداء رجع عليه على الأصح، وسواء كان ممن يعتق عليه أو لا، وهذا الأصح، نقله الباجي(٣) ، وغيره عن سحنون ، والقول بعدم الرجوع مطلقًا لم أقف عليه، وهكذا قال، وكأنه رأى الحكم لما اقتضى عنده عدم الرجوع وصار التزامه لذلك كالتزام المكره ، فلا يلزم وفيه بُعدٌ.

وقوله: (**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَارِفًا بِهِ رَجَعَ عَلَى الأَصَحِّ**) هذا هو القسم الثاني، وهو إذا فدى قريبه غير عالم بأنه قريب له بل فداه على أنه أجنبي فإنه يرجع عليه على الأصح، سواء كان ممن يعتق عليه أم لا، وهو الذي يأتي على ما في «المدونة» على ما في «المقدمات».

وفرق ابن حبيب بين من يعتق عليه فلا يرجع عليه ، وبين ما لا يعتق عليه فيرجع

---

(١) «الكافي» (ص/ ٢١١).
(٢) «المقدمات» (٢/ ١٤٣).
(٣) «المنتقى» (٤/ ٣٤٤).

عليه، واقتصر عليه الباجي[١] وابن يونس[٢].

فداء القريب لقريبه على ثلاثة أوجه: إن فداه وهو يعرفه لم يرجع عليه مطلقًا؛ كان ممن يعتق عليه أو لا، وإن فداه بأمره يرجع عليه مطلقًا ، وإن فداه وهو لا يعرفه فلا يرجع على من يعتق عليه ويرجع على من سواه من الأقارب الذين لا يعتقون عليه وعلى الزوجين.

وَالزَّوْجَانِ كَالْقَرِيبَيْنِ فَلا رُجُوعَ عَلَى الْمَشْهُورِ.

هذا يقتضي أن المشهور في الفرع السابق من الأقوال الثلاثة عدم الرجوع ؛ لأنه إذا كان شبه القرابة مانعًا من الرجوع فالقرابة من باب الأولى ، وهذا أحسن إذا ساعده النقل، والمنصوص في الزوجين إذا اشترى أحدهما صاحبه وكان عارفًا به عدم الرجوع، فإن لم يكن عارفًا به اتَّبعه بذلك في ملائه وعدمه، قاله ابن القاسم وابن حبيب، ورواه مطرف وابن الماجشون عن مالك؛ لكن أشار سحنون وغيره إلى تخريج قول بالرجوع من إحدى الروايتين بالقضاء بينهما بالعوض في الهبة، وعبد الحميد وغيره يقدحون في هذا التخريج بأن المسائل المبنية على العوائد لا تخرج عليها مسائل أخرى، إذ من الممكن أن تكون العادة جرت في أمر بصورة ولم تجز في نظيرها ، ومن الممكن أن تسمح النفوس بالهدية دون الفداء ، ولا سيما مع نزارة الهدية وكثرة الفداء.

وَإِذَا جَعَلَ الأَسِيرُ لِفَادِيهِ جُعْلاً ، فَالْمَنْصُوصُ : يَسْقُطُ ، وقِيلَ : إلا أنْ يَتَكَلَّفَ مَا لا يَتَعَيَّنُ عَلَيْهِ وَاخْتِيرَ...

قال ابن بشير: ولو جعل الأسير لمن فداه جُعلاً على فدائه ، فنص الروايات أنه يسقط، وذلك ظاهر إذا لم يتكلف في ذلك مؤنة أو تكلفها وقد تعينت؛ فإن تكلف ما لا يتعين عليه فينبغي أن يكن له من الأجر بحسب كلفته. انتهى.

ونقل ابن عبد السلام مقابل المنصوص عن المتأخرين وكلام المصنف لا يؤخذ منه هذا، وإنما ظاهره على أن القول إذا تكلف يجب مجموع الجعل، وهو ظاهر ما علل به ابن راشد؛ لأنه قال: قاسه في القول الثاني على جواز الإجارة على الإمامة إذا انضم إليها

---

(١) «المنتقى» (٤/ ٣٥٥).

(٢) «الجامع» (٣ / ١٢٢).

خدمة المسجد، بجامع أن تكليف هذا ما لم يتعين عليه كتكليف الآخر خدمة المسجد، واختاره الأشياخ: انتهى.

وفي كَوْنِ الفَادِي أَحَقَّ مِنَ الْغُرَمَاءِ قَوْلانِ، بِخلافِ مَا يَكُونُ مَعَهُ.

يعني: إن فدى الأسير بمال وكان عليه دين، فهل يكون الفداء مقدمًا أم لا؟ أما بالنسبة إلى ما قدم به من بلاد العدو فالفادي مقدم؛ لأن ما دفعه في مقابلة رقبته وما في يده، وأما بالنسبة إلى ماله الذي ببلاد الإسلام، فقال سحنون وعبد الملك: هو أيضًا أولى به؛ لأن الفداء آكد بدليل أنه يفادي بغير إذنه وبأضعاف قيمته.

وقال ابن المواز: هو أسوة الغرماء وهو أقيس؛ لأن الفداء تعلق بذمته كالدين، وناقض ابن يونس [١] وابن زرقون قول محمد في هذه المسألة بما له أيضًا في أم الولد، وذلك أن عبد الملك قال في أم الولد: أن يشتريها من العدو أولى بما في يد سيدها من الغرماء، قال محمد: صواب جيد.

وَإِذَا اخْتَلَفَ الأسِيرُ وَالْفَادِي، فَالْقَوْلَ قَوْلُ الأسِير عَلَى الأصَحِّ.

أي: اختلف في أصل الفداء وقدره وظاهر كلام المصنف وفي جنسه؛ لكن لم أر المسألة في كتب الأصحاب إلا في أصل الفداء وفي قدره.

والأصح رواه ابن حبيب عن ابن القاسم، وابن الماجشون، ومطرف، وأصبغ: أن القول قول الأسير في إنكاره الفداء جملة وفي إنكاره بعضه إن أتى بما يشبه سواء أخرجه من دار الحرب أم لا.

ابن حبيب: وقيل: إذا أقر الأسير أنه فداه واختلفا في قدر الفداء، صدق الفادي ويصير كالرهن في يديه، وهذا خلاف قول مالك، وكذلك قال سحنون: القول قول الفادي إذا كان الأسير بيده، هكذا نقل الباجي [٢].

ابن عبد السلام: فالذي يظهر من هذا النقل أنه إن لم يكن في يديه فالقول قول الأسير، وإن كان في يديه فقولان، انتهى.

وظاهر كلام المصنف (**فَالْقَوْلُ قَوْلُ الأَسِيرِ**) أن القول قوله ولو ادعى غير الأشبه، وهو

---

(١) «الجامع» (٣/ ١٢٤).

(٢) «المنتقى» (٤/ ٣٥٥).

قول ابن القاسم في «العتبية»[1] .

ابن يونس[2] : يريد مع يمينه ، واحتج ابن القاسم على ذلك بما قاله مالك: أنه لو أنكر الفداء أصلاً وقد خرجا من بلاد الحرب كان القول قول الأسير، لكن قال في «البيان»[3] : إن القول قول الأسير، وإن ادعى ما لا يشبه ليس على أصولهم مراعاة دعوى الأشبه في التداعي ؛ لاتفاقهما أنه فداه بذلك، بخلاف إذا ادعى أحدهما على صاحبه أنه فداه فأنكر، والذي يأتي على أصولهم إذا اختلفا في مبلغ الفدية أن يكون القول قول الأسير إن أتى بما يشب، وإن أتى بما لا يشبه كان القول قول الفادي إن أتى بما يشبه، فإن أتى بما لا يشبه حلفا جميعًا وكان للفادي ما يفدي به مثله من ذلك المكان، وكذلك إن نكلا جميعًا، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر كان له ما حلف عليه وإن لم يشبه؛ لأن صاحبه قد مكنه من ذلك بنكوله . انتهى.

واستشكل صاحب «البيان»[4] قول من قال عن كون الأسير بيده: يرجح قول الفادي. قال: لأنه لما كان لا يباع لم يكن كالرهن، وليس كونه بيده دليلاً على قلة الفدية أو كثرتها، وإنما كان ينتفع الفادي بكون الأسير في يده إذا اختلفا في أصل الفداء؛ لأن كونه في يده دليل على أنه فداه.

الْمُقَاتَلُ بِهِ، وَيُقَاتَلُ الْعَدُوُّ بِكُلِّ نَوْعٍ، وبِالنَّارِ إِنْ لَمْ يُمْكِنْ غَيْرُهَا وَخِيفَ مِنْهُمْ.

المقاتَل: هو من يجوز قتاله من الكفار، وإنما صدر كلامه بالآلة؛ لأن قتل المقاتل إنما يكون بها، وأيضًا ليبين ما يجوز به القتال وما لا يجوز؛ يعني: أن العدو يجوز قتاله بسائر أنواع الحرب من رمي المجانيق ، وإرسال الماء عليهم، وقطع الماء عنهم، وبالنار إذا لم يمكن غيرها، ولا خلاف أنه إذا خيف منهم ولم يكن غير النار أنهم يقتلون بها.

ابن راشد: والخلاف الذي حكاه إنما هو إذا لم يخف منهم وقدرنا عليهم بالنار وغيرها، فقال ابن القاسم وسحنون: لا يقاتلون بها، وقيل: يقاتلون بها، ونسبه ابن عبد السلام لمالك.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٣/ ٧١).

(٢) «الجامع» (٣ / ١١٦).

(٣) «البيان والتحصيل» (٣/ ٧١).

(٤) «البيان والتحصيل» (٣/ ٧١).

ومنشأ الخلاف: ما في البخاري من حديث أبي هريرة قال: بعثنا رسول الله ﷺ في بعث فقال: «**إن وجدتم فلانًا وفلانًا فأوقدهما بالنار**».

ثم قال رسول الله ﷺ حين أردنا الخروج: «**إني أمرتكم أن تحرقوا فلانًا وفلانًا بالنار وإن النار لا يعذب بها إلا الله عز وجل**»[١] .

وحمل الحديث في القول الآخر على ما إذا صاروا في حكمهم وأما إذا امتنعوا فيجوز عملاً بعموم الآية.

قال صاحب «**البيان**»[٢] وابن زرقون: الخلاف إنما هو إذا كانوا في حصن ، أما إن كان العدو في سفينة نحو كذلك، فلا خلاف في جواز رميهم وإن كان معهم النساء والصبيان؛ لأنهم إن لم يُرْمُوا بالنار رمونا بها.

وَإِنْ خِيفَ عَلَى الذُّرِّيَّةِ مِنَ النَّارِ تُرِكُوا مَا لَمْ يُخَفْ مِنْهُمْ ، وِمِن الآلاتِ لَمْ يُتْرَكُوا، وِفيهَا : رَمِي أَهْلِ الطَّائِف بِالْمَجَانِيق...

يعني: إذا خفنا على ذريتهم من النار لم يُرموا بها إلا أن يخاف منهم،وأما إن خيف عليهم من الآلات فإنهما لا يتركون، واستدل على ذلك في «المدونة» برميه عليه الصلاة والسلام أهل الطائف بالمجانيق.

قوله (**ومِنَ الآلاتِ**) عطف على النار، وحكى صاحب «البيان»[٣] وابن زرقون: إذا كانوا في الحصن ومعهم النساء والصبيان أربعة أقوال: أجاز أصبغ تحريقهم وتغريقهم ورميهم بالمجانيق.

وحكى فضل عن ابن القاسم: أنه لا يفعل بهم شيء من ذلك ، وقال ابن حبيب: يغرقون ويرمون ولا يحرقون.

وفي «المدونة»[٤] : يرمون ولا يحرقون ولا يغرقون ، قال: وإن كان في الحصن مع المقاتلة أسرى مسلمون فلا يرموا بالنار ولا يغرقوا، واختلف في قطع الماء عنهم ورميهم

---

(١) أخرجه البخاري (٢٧٩٥).

(٢) «البيان والتحصيل» (٣/ ٢٨).

(٣) «البيان والتحصيل» (٣/ ٢٨).

(٤) «المدونة» (٣/ ٢٥).

بالمجانيق، فقيل: إن ذلك جائز، وهو قول ابن القاسم وأشهب.

وقيل: لا يجوز، وهو قول ابن حبيب في «الواضحة»، وحكاه عن مالك وأصحابه المدنيين والمصريين . انتهى.

وفي ابن يونس[1] : لا خلاف إذا كان مسلم في حصن العدو أنه لا يحرق ولا يغرق، واختلف إذا كان فيهم ذرية مشركون، فقيل: إنهم كالمسلمين .

وقيل: بل يغرقون ونقطع عنهم المياه، ولم يختلف في رمي حصونهم بالمجانيق، وإن كان فيهم المسلمون أو ذرية مشركون، واختف في رمي مراكبهم بالنار وفيهم مسلمون أو ذرية، فقيل: لا يرمون، وقيل: يرمون.

وقيل: إن كان فيهم مسلمون لم يرموا وإن كان فيهم ذرية رموا.

وكره مالك أن يقاتل العدو بالنبل المسموم، وقال: ما كان فيما مضى؛ ولأن ذلك قد يعاد إلينا.

ورَأَى اللَّخْمِيُّ أَنَّهُ لو خَافَتْ جَمَاعَةٌ كَثِيرةٌ مِنْهُمْ جَازَ قَتْلُ مَنْ مَعَهُمْ مِنَ الْمُسْلمينَ ولَوْ بِالنَّارِ، وهُوَ ممَّا انْفَرِدَ بِه، كَمَا انْفَرَدَ بِالطَّرْحِ بِالْقُرْعَةِ مِنَ السُّفُنِ، وَفِيهَا: الاسْتِدْلالُ بِقَوْلِه تَعَالَى: ﴿لَوْ تَزَيَّلُوا لَعَذَّبْنَا الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا﴾ [الفتح: ٢٥] ...

اللخمي: إذا كان العدو طالبين للمسلمين ولم يقدروا على حربهم إلا بالنار جاز قولاً واحدًا، وسواء كان معهم نساؤهم وذراريهم أو لا، وأرجو إذا كان معهم النفر اليسير من المسلمين أن يكون خفيفًا؛ لأن هذه ضرورة، ويختلف إذا كان المسلمون الطالبين لهم فدفعوا عن أنفسهم بالنار هل يرمون بها. انتهى.

فأباح قتل المسلمين بالنار معهم إذا كان العدو طالبين وخاف المسلمون منهم ، وإلى هذا أشار بقوله: (لَو خَافَتْ جَمَاعَةٌ) أي : من المسلمين منهم؛ أي: من الكفار، قال: وهو مما انفرد به تبعًا لابن بشير وليس بظاهر، فقد تقدم من كلام ابن يونس الخلاف.

وكذلك حكى ابن رشد[2] وابن زرقون في السفينة فيها العدو ومعهم أسرى مسلمون عن ابن القاسم أنهم لا يرمون بالنار، قال: وأجازه أشهب ، فقول أشهب موافق لما قاله اللخمي.

---

(١) «الجامع» (٣ / ١٠٢).

(٢) «البيان والتحصيل» (٣/ ٢٧).

فإن قلت: يغتفر في السفينة ما لا يغتفر في غيرها.

قيل: لما فرض اللخمي المسألة فيما إذا كان العدو هم الطالبين لم يتأت هذا، وأما مسألة الطرح من السفن بالقرعة، فالظاهر أن اللخمي انفرد بها ، وإنما لم يوافق عليها لأنه لا يلزم مما قاله ارتكاب مفسد مخففة لأمر مظنون.

قوله: (**وَفِيهَا: الاسْتِدْلالُ**) لأن لفظ «المدونة»[1] وإن كان مسلم في حصن العدو أو مركبه لم أرَ أن يحرق أو يغرق؛ لقول الله عز وجل: ﴿ **لَوْ تَزَيَّلُوا لَعَذَّبْنَا الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا** ﴾ [الفتح: ٢٥]، وقوله تعالى: ﴿ **لَوْ تَزَيَّلُوا** ﴾ أي: تَمَيَّز المسلمون من الكفار.

أَمَّا لَوْ خِيفَ عَلَى اسْتِئْصَالِ الإِسْلامِ احْتَمَلَ الْقَوْلَيْنِ كَالشَّافِعِيِّ.

الظاهر: أنه يريد بالقولين مذهب «المدونة» ومذهب اللخمي؛ لأنه لما استدل فيها بقوله تعالى: ﴿ **لَوْ تَزَيَّلُوا** ﴾ علم أن مذهبه المنع.

وقوله: (**كَالشَّافِعِيِّ**) أي: كما أن في مذهب الشافعي القولين.

ابن بشير: وذكر الشافعي قولين: إذا اتقى أهل الحرب بالمسلمين وكنا نخاف إن تركناهم من استئصال جمهور المسلمين. انتهى.

ابن هارون: وإنما قال المصنف: (**كَالشَّافِعِيِّ**) إما لأنه لما ذكر انفراد اللخمي بالمسألة السابقة ذكر أن محل النظر ما صوره الشافعية.

واعترض عليه ابن راشد في قوله: (**كَالشَّافِعِيِّ**) قال: لأن الشافعي إنما يبيح الرمي مع القطع باستئصال المسلمين لا مع الخوف.

وفيه نظر، وقد سألت جماعة من قضاة الشافعية، فقال كل واحد: في مذهب الشافعي قولان:

أحدهما: ـ وهو الصحيح ـ : أنه إذا خيف على استئصال المسلمين جاز قتل الترس.

والثاني: أنه لا يجوز القتل إلا بأن يقطع باستئصال الإسلام.

قالوا: وإنما صححنا الأول؛ لأن القطع غير ممكن، ولم يذكر ابن شاس[2] إذا خيف

---

(١) «المدونة» (٣/ ٢٦).

(٢) «الجواهر» (١/ ٤٧٩).

على استئصال قاعدة الإسلام أو جمهور المسلمين خلافًا، بل قال : يسقط اعتبار الترس.

وَإِذَا أَسَرُوا عُجْمًا أَوْ عُرْبًا فَالإِمَامُ مُخَيَّرٌ فِي خَمْسَةٍ: الْقَتْلِ، أَوِ الاسْتِرْقَاقِ، أَوْ ضَرْبِ الْجِزْيَةِ، أَوِ الْمُفَادَاةِ ، أَوِ الْمَنِّ بِالنَّظَرِ...

حاصله: أنه بالخيار بين القتل والإبقاء، فإن قتل فلا تفصيل، وإن أبقى خير في أربعة أوجه: الاسترقاق، وضرب الجزية، والمفاداة، والمن.

وقوله: (بِالنَّظَرِ) راجع إلى الخمسة؛ يعني: أن التخيير إنما هو بحسب المصلحة ومتى وجد فيها أحسن تعين، ونص الباجي[1] على أنه يجب على الإمام أن ينظر في ذلك بحسب الاجتهاد.

قال في «الجواهر»[2] : ولا يمنع من الاسترقاق كون المرأة حاملاً من مسلم، لكن لا يرق الولد إلا أن تكون حملت به في حال كفره ثم سبيت بعد إسلامه؛ فالحمل سبي، وأما المفاداة : فقد تقدم الكلام على جوازها بالأسرى، وأما بالمال فالمشهور جوازه خلافًا لسحنون.

وقال ابن حارث: الخلاف إنما هو في مفاداة الرجال بالمال ولا خلاف في مفاداة النساء به.

ابن يونس[3] : وفي «المختصر الصغير» ومن استحياه الإمام من الأسارى فلا يقتل، قال في«المستخرجة»: إلا أن يبقيهم الإمام فيرى فيهم رأيه فله قتل من رأى منهم، انتهى.

فإن أمسكه ليختبر ثمنه فله قتله، وإن أمسكه للبيع ثم بدا له، فقال ابن المواز: له قتله، وقال أصبغ: ليس له وهو الظاهر.

اللخمي: وإن منَّ عليه لم يجز أن يحبسه عن الذهاب إلى بلده، إلا أن يكون قد اشترط عليه أن يبقى ليضرب عليه الجزية، فإن أبقاه للجزية لم يجز له أن يسترقه ، ويجوز أن يفادي به برضاه، وإن أبقاه على وجه الاسترقاق جاز أن ينتقل معه إلى الجزية والمن والفداء، وإن أبقاه للفداء لم ينتقل إلى الجزية ولا للرق إلا برضاه.

فَلا يُقْتَلُ الضَّعِيفُ، ويُقْتَلُ مَنْ لا يُؤْمِنُ، ولا يمنُ عَلَى ذِي النِّكَايَةِ.

---

(١) «المنتقى» (٤/ ٣٦٣).

(٢) «الجواهر» (١/ ٤٧٩). (٣) «الجامع» (٣ / ١٠٣).

لما قال: أولاً بالنظر ذكر هنا بيانًا للنظر ومفهوم قوله: ﴿فَلا يُقْتَلُ الضَّعِيفُ﴾ أنه يقتل الشجيع وهو كذلك.

قال في «البيان»[١] : واختلف قول مالك إذا جهلت حالته في قوة النجدة هل يحمل عليها، وهو ظاهر قول مالك في «المدونة»، ويقتل من الأسارى من لا يؤمن؟ ألا ترى ما كان من أبي لؤلؤة؛ يعني: قاتل عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ وقال مرة: لا يقتل إلا أن تتبين منه الفروسية، ووقع هنا نسختان:

إحداهما: ويُمَنُّ كما ذكرنا.

والثانية: ولا يُمَنُّ، وهما على معنيين.

فإن فسرنا صاحب النكاية بكونه ينكي المسلمين بقتاله فيأتي لا يُمنُّ ، وإن فسرنا صاحب النكاية بأنه إذا قتله المسلمون حصلت لأجله نكاية ، بأن يكون كبيرًا في قومه وليس فيه كبير نجدة فيأتي ويمن ، والله أعلم.

وَالْمُرَاهِقُ الْمُقَاتِلُ كَالْبَالِغِ.

ظاهره: أنه مخير فيه بالخمسة المتقدمة.

وقال اللخمي: يخير الإمام في النساء والصبيان في المن، والفداء، والاسترقاق دون القتل والجزية، وإن رأى استبقاء من قارب البلوغ ليضرب عليه الجزية لم يمنع انتهى.

فلم يذكر فيه القتل ، لكن في «النوادر» [٢] عن ابن القاسم من رواية يحيى بن يحيى أنه قال في المرأة والصبي لم يحتلم يقاتلان ثم يؤسران: إن قتلهما جائز بعد الأسر كما جاز قبل ذلك ، وعن ابن حبيب كذلك إن قاتل بالسيف والرمح لا بالحجارة إلا أن يقتل فيقتل وإن أسر، إلا أن يرى الإمام استحياءه ، وكذلك المرأة.

وعن ابن سحنون أنه قال لأبيه: بلغني أنك قلت: إن أُسِر الصبي أن الإمام فيه مخير في قتله وتركه، فأنكره وقال: لا يقتل إلا أن يُنْبِتَ، وذكروا خلافًا فيمن أنبت ولم يحتلم، فقال ابن القاسم: لا يقتل.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٣/ ٣٠).

(٢) «النوادر والزيادات» (٣/ ٥٧).

وقال الأكثر: بل يقتل، وهذا مبني على أن الإنبات هل هو علامة للبلوغ أو لا؟ وسيأتي هذا المعنى إن شاء الله تعالى.

ولا يُقْتَلُ النِّساءُ ولا الصِّبْيَانُ وفي النِّسَاءِ الْمُقَاتلات، ثَالثُهَا : إنْ قَاتَلَتْ جَازَ، ورَابعُهَا: عِنْدَ قِتَالِهَا ، وفِيمَنِ اقْتَصَرَتْ عَلَى الرَّمْي بِالْحِجَارَةِ قَوْلَانِ.

لما رواه البخاري ومسلم عن ابن عمر : **أن امرأة وجدت في بعض مغازي رسول الله ﷺ مقتولة، فأنكر النبي ﷺ قتل النساء والصبيان**[١] .

وقال في «الاستذكار»[٢] : وأجمع العلماء على القول بذلك.

والحكمة في ذلك ـ والله أعلم ـ أن الأصل عدم إتلاف النفوس ، وإنما أبيح منه ما يقتضي دفع المفسدة ، ومن لا يقاتل ولا هو أهل القتال في العادة ليس في إحداث الضرر كالمقاتلين، فيرجع إلى الأصل فيهم وهو المنع، هذا مع ما في نفوس النساء والصبيان من الميل وعدم التشبث الشديد بما يكون عليه غالبًا، فدفع عنهم القتل لعدم المقاتلة في الحال الحاضر ورجاء هدايتهم عند بقائهم.

والقول بقتلها إذا قاتلت لابن القاسم في «الموازية».

والقول بأنها لا تقتل في «كتاب ابن سحنون» لعموم النهي.

والثالث لابن حبيب قال: إذا قاتلت إلا أن يرى الإمام استحياءها.

والرابع: على ما ذكره المصنف يقتضي أن الخلاف مطلق، والذي حكاه التونسي، واللخمي، والباجي، وابن بشير: أنه لا يختلف في جواز القتل في حالة المقاتلة؛ لأنا لو لم نفعل ذلك لأدى إلى قتلنا مع قدرتنا على المدافعة، وإنما الخلاف إذا أسرن وقد تقدم منهن قتال.

وقوله: ﴿ **وفِيمَنِ اقْتَصَرَتْ عَلَى الرَّمْي بِالْحِجَارَةِ قَوْلَانِ**﴾ قال ابن حبيب: لا يبيح ذلك قتلها، إلا أن تكون قتلت بما رمت به، ومثله روى ابن نافع عن مالك.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٨٥١)، ومسلم (١٧٤٤) من حديث ابن عمر ـ رضي الله عنهما.
(٢) «الاستذكار» (٥/ ٢٤).

قال صاحب «النوادر» [١] والباجي[٢] : وقال سحنون: يرميهن المسلمون بالحجارة وإن قتلن في ذلك، وظاهره أنهن لا يقتلن بغير ذلك، وعلى هذا ففي كلام المصنف إجمال؛ لأن ظاهره على القول بأنها تقتل أنها تقتل بكل شيء، نعم ذكر ابن بشير القول على نحو ما ذكره المصنف ، وأما صياحها وحراستها واستعانتها فلا يوجب شيء من ذلك قتلها.

سحنون: ومن قتل من نهي عن قتله من صبي أو امرأة أو شيخ هرم فإن قتله في دار الحرب قبل أن يصير في المغنم فليستغفر الله، وإن قتله بعد أن صار مغنمًا فعليه قيمته، يجعل الإمام ذلك في المغنم.

وَيَلْحَقُ بِهِنَّ الزَّمْنَى والشَّيْخُ الفَانِي وَنَحْوُهُمْ مِمَّنْ لا رَأْيَ لَهُ وَلا مَعُونَةَ.

يعني: ويلحق بالنساء من ذكر بشرط عدم الرأي ومراده بـ (**نحوُهُمْ**) الفلاحون والأجراء وأهل الصناعات، ولا شك في جواز قتلهم إن قاتلوا ، وإن لم يقاتلوا فقال سحنون: يقتلون ، قال: ولم يثبت حديث العسيف وهو الأجير، وكذلك قال في الأعمى والمقعد والمريض، وقال ابن الماجشون، وابن وهب، وابن حبيب: لا يقتلون.

وذكره اللخمي عن مالك قال: وهو أحسن في أهل دينهم كالمستضعفين.

وفي «الموطأ»[٣]: أن أبا بكر - رضي الله عنه - قال ليزيد بن أبي سفيان حين بعثه أميرًا إلى الشام: إنك ستجد قومًا زعموا أنهم قد حبسوا أنفسهم لله ، فذرهم وما زعموا أنهم حبسوا أنفسهم له، وستجد قومًا فحصوا عن أوساط رؤوسهم، من الشعر، فاضرب ما فحصوا عنه بالسيف، وإني موصيك بعشر: لا تقتلن امرأة، ولا صبيًا، ولا كبيرًا هرمًا، ولا تقطعن شجرًا مثمرًا، ولا تخربن عامرًا ، ولا تعقرن شاة ولا بعيرًا إلا لمأكلة، ولا تحرقن نخلاً ولا تغرقنه، ولا تغلل، ولا تجبن .

وقوله : فحصوا عن أوساط رؤوسهم .

ابن حبيب: يعني الشمامسة، وقال بعضهم: هم رهبان الكنائس.

---

(١) «النوادر والزيادات» (٣/ ٥٧).

(٢) «المنتقى» (٤/ ٤٤٩).

(٣) أخرجه مالك (٩٦٥).

وَكَذلِكَ الرَّاهِبِ فِي دَيْرٍ أوْ صَوْمَعَةٍ غَيْرِ الْمُخَالِطِ بِرَأيٍ عَلَى الْمَشْهُورِ.

حاصله: إن اجتمع في الراهب الانقطاع عن أهل ملته حسا بأن كان في الصوامع أو في الأديار، أو حكمًا بأن لا يخالطهم برأي، فالمشهور أنه لا يقتل ؛ لما رواه ابن أبي شيبة من حديث ابن عباس عنه ﷺ أنه كان إذا بعث جيوشه قال: «**لا تقتلوا أهل الصوامع**»(١).

ولوصية أبي بكر ـ رضي الله تعالى عنه ـ وروي عن مالك القتل ذكره في «البيان»(٢) فإن لم ينقطع عن أهل ملته حسا بل كان في الكنائس قتل، قاله ابن حبيب وغيره.

قال في «كتاب ابن سحنون»: إذا وجد راهب قد نزل من صومعته وهو منهزم مع العدو فأخذ فقال: إنما نزلت وهربت خوفًا منكم أنه لا يعرض له، وكذلك لا خفاء في قتله إذا أشار عليهم.

وفي «كتاب ابن سحنون»: إذا مروا براهب فلا يستخبرونه عن شيء من أمر عدوهم.

سحنون: ومن ترهب ببلد في دار الإسلام ولحق بدار الحرب سبيله سبيل الراهب، قيل: فكيف يعرفون أنه راهب؟ قال: لهم سِيما يعرفون بها، قال: وكذلك إذا وجد الراهب في دار أو غار فهو كأهل الصوامع.

ابن حبيب: ولم ينه عن قتل الرهبان لفضل ترهبهم ، بل هو أبعد من الله من غيرهم؛ لشدة كفرهم، ولكن لتركهم أهل دينهم فكانوا كالنساء.

وقيل لمالك : ربما أسْرَى المسلمون سرية فيعلم بهم الراهب فيخافون أن يدل عليهم فينزلونه ليكون معهم ، فإذا أمنوا أرسلوه ، قال: ما سمعت أنه ينزل من صومعته.

وعَلَى تَرْكِهِ يَكُونُ حُرا وَيُتْرَكُ لَهُ مَا يَقُومُ بِهِ لا الْمَالِ الْكَثِيرِ عَلَى الأشْهَرِ .

الأشهر ومقابله لمالك، والأشهر مذهب «المدونة»، ففيها: يترك لهم من أموالهم ما يعيشون به ولا تؤخذ كلها فيموتون جوعًا ، فقوله: ولا تؤخذ كلها، فيه دليل على أنه يؤخذ منهم ما زاد على الكفاية.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٦/ ٤٨٤).

(٢) «البيان والتحصيل» (٣/ ٣٠).

وكذلك قال في «العتبية»[١]: يترك لهم قدر ما يصلحهم.

وكذلك قال في «الجلاب»[٢] : ولا تؤخذ أموالهم إلا أن يكون فيها فضل عن كفايتهم فتؤخذ فضولها.

وفي «التلقين»[٣] : تترك لهم أموالهم، إلا أن تكون كثيرة فتؤخذ ويترك لهم اليسير.

وقال سحنون: يترك للراهب من ماله ما يعيش به الأشهر ، والشيخ الكبير بمنزلة الراهب فيما يترك له من العيش والكسوة.

ونقل في «البيان»[٤] عنه: أنه لا يترك للراهب والشيخ إلا ما يستر عورته ويعيش بها الأيام.

وقال اللخمي: قال مالك: ويترك له مثل البقرتين والغنيمات وما مثله يكفيه، والمبقلة والنخيلات، ويؤخذ ما بقي أو يحرق، ولكن تأول في «البيان» ما وقع لمالك في «العتبية»: أنه إنما يترك لهم ما يصلحهم، على ما إذا وجدنا عندهم أموالاً وادعوا أنها لهم ولم نصدقهم، قال: وأما لو صدقناهم لتركناها لهم وإن كثرت، وأبقى غيره الرواية على ظاهرها: إنه يترك لهم ما كثر ولو علم أن ذلك لهم، وقول ابن عبد السلام: إن أكثر الروايات أنه يترك لهم الجميع ، والتفصيل بين الكثير والقليل هو مذهب سحنون ، ليس بظاهر لما ذكرناه.

وَفِي الرَّاهِبَاتِ مِثْلُهُمْ قَوْلَانِ.

ألحقهن مالك في «العتبية»[٥] بالرجال، وقال: إنهن أحق بذلك، وقال سحنون باسترقاقهن؛ لأن الترهب لما منع قتل الرجال تبعه منع الاسترقاق ، ودم المرأة لم يمنع منه الترهب، وإنما هو ممنوع بالشرع فلم يكن هناك أصل يتبعه الاسترقاق.

وَمَنْ وُجِدَ فِي أَرْضِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ بَيْنَ الأَرْضَيْنِ وَشُكَّ فِي أَنَّهُمْ حَرْبٌ أَوْ سِلْمٌ، فَقَالَ

---

(١) «البيان والتحصيل» (٣/ ١٩).

(٢) «التفريع» (١/ ٣٦١).

(٣) «التلقين» (١/ ٢٤٤).

(٤) «البيان والتحصيل» (٣/ ١٩).

(٥) «البيان والتحصيل» (٣/ ١٩).

مَالِكٌ: هَذَا أَمْرٌ مُشْكِلٌ...

قال: (وشُكَّ) لأنه إن قامت أمارة على أنه جاء للحرب أو السلم عمل عليها؛ وأما إن لم تعلم أمارة أو قامت ولكنها تعارضت، فقال مالك في «المدونة»[1] : في العلج يلقاه المسلمون ببلد العدو وهو مقبل إلينا، فيقول: جئت أطلب الأمان، هذا أمر مشكل ويرد إلى مأمنه.

وقال في «العتبية»[2]: لا يقبل منه.

ابن القاسم في «العتبية»: وإن أخذ ببلدنا فقال: جئت أطلب الفداء ، قبل قوله إن أخذ بفور وصوله ولا يكون فيئًا، وإن لم يظهر عليه إلا بعد طول إقامة بين أظهرنا لم يقبل منه قوله ويسترق، وليس هو لمن وجده، ولا يقتل إلا أن يعلم أنه جاسوس فيقتل.

وقال ابن حبيب وعزاه لمالك: إن كانوا من بلد اعتادوا الاختلاف منه فيما ادعوه من الفداء، أو التجارة، أو الاستئمان قبل قولهم وردوا إلى مأمنهم، وإلا فهم فيء، وبه قال سحنون وعيسى؛ وهو قول ربيعة في «المدونة».

وعن سحنون: إنه فيء إذا أخذ ببلدنا، سواء أخذ بقرب دخوله أو بعد طول، وفي كلام المصنف نظر من أوجه:

أولها: كونه أسقط من قول مالك: ورد إلى مأمنه، وهو في نص «المدونة» كما ذكرنا، وقد ذكره اللخمي وابن يونس على أنه من كلام مالك.

ثانيها: أن قوله: (**فقَالَ مَالِكٌ**) هذا مشكل يقتضي أن مالكًا قال ذلك فيما إذا وجد في أرض المسلمين أو بين الأرضين ، وإنما نص مالك على من أخذ ببلد العدو، وألحق ابن القاسم به الذي ينزل بساحتنا تاجرًا قبل أن يعطى الأمان، صرح بذلك ابن يونس وغيره.

وقال ابن محرز: سمعت من يقول: معنى قول مالك: إنهم لقوه وقد انفصل من بلده ولم يدخل بلدنا، وأما لو وجدوه في بلدهم أو بلدنا لم يقبل قوله، ولم يكن في ذلك إشكال، وعلى هذا فيكون قول ابن القاسم مخالفًا.

ثالثها: إن مفهوم كلام المصنف أن الذمي إذا أخذ ببلد العدو أنه لا يكون من محل

---

(١) «المدونة» (٣/ ١٠).

(٢) «البيان والتحصيل» (٣/ ١٩).

الإشكال وليس كذلك كما ذكرنا.

ابن يـونس[١]: وتحصيلها أنه إن أخذ ببلد الحرب وهو مقبل إلينا وقال: جئت لأطلب الأمان، قيل: يقبل منه ويرد إلى مأمنه، وقيل: لا يقبل منه.

وإن أخذ ببلد الإسلام، فقال: جئت للإسلام، فـقيل: إن أخذ بقرب دخوله قبل منه ورد إلى مأمنه، وإن أخذ لبعد لم يقبل منه، وليس لمن وجده ويرى فيه الإمام رأيه.

وقيل: ذلك سواءٌ وهو فيء ويرى الإمام رأيه، ولا خلاف فـيمن أتى تاجرًا، فيقول: ظننت أنكم لا تعرضون لمن أتى تاجرًا أنه يقبل منه ويرد إلى مأمنه، ولا خلاف أيضًا أنه إذا لم يكن معهم تجـارة وتبين كذبهم، أو تكسرت مراكبهم ومـعهم السلاح، أو نزلوا للعطش بلا أمان أنهم فيء.

وَعلَى أَنَّهُمْ حَرْبٌ فَلا يَجُوزُ القَتْلُ عَلَى الأَشْهَرِ.

في هذا الكلام نظر؛ لأنه كيف يحكم على أحد المحتملين المتساويين من غير ترجيح ؟ وكأن المصنف ـ والله أعلم ـ قـصد اختصـار كلام ابن بشيـر؛ لأنه قال: إن علم أنهم أهل حـرب حكم فـيهم بحـكم أهل الحرب، وإن عـلم أنهم مسـتـأمنون حكم فـيـهم بحكم المستأمنين، وإن شك فالمذهب على قولين:

أحدهما: أن الأصل إراقة دمهم فمع الشك يرجع إلى الأصل.

والثاني: لا يستبيحهم إلا مع تيقن الإباحة، وإذا شككنا فإراقة الدم لا يقدم عليها مع الشك، قال: وكل مـا في المذهب من الروايات فإلى هـذا التقسـيم يرجع، لكن إذا قلنا: إنهم فيء، فهل يقتصر فيهم على الأسر وما ذكر معه دون القتل، أو يجوز قتلهم؟ قولان:

أحدهما: الاقتصار على الأسر لعظم أمر الدم.

والثاني: جوازه نظرًا إلى الأصل في إراقة دمهم. انتهى.

وهذان القولا الأخـيران في كلام ابن بشـير هما القـولان في كلام المصنف، لكن ابن بشير إنما ذكر الخلاف بعد أن ذكر أولاً قـولين ، والمصنف لم يذكر في المسألة خلافًا ابتداء؛ فلذلك صار كلامه مشكلاً.

أَمَّا إِذَا حَصَلَ الظَّنُّ بِأَحَدِهِمَا عُمِلَ عَلَيْهِ عَلَى الأَصَحِّ.

---

(١) «الجامع» (٣ / ١٠٤).

كلامه يقتضي حصول الخلاف مع ظن الصدق وظن الكذب ولم أر ذلك، بل صرح اللخمي فيه بنفي الخلاف؛ لأنه قال: إن قام دليل على صدقه كان آمنًا ولم يسترق، وإن قام دليل على كذبه لم يقبل قوله وكان رقيقًا.

وإن لم يقم دليل على أحدهما فهو موضع الخلاف، فإن قال: جئت رسولاً ومعه مكاتبة، أو جئت لفداء ومعه من يفديه، أو لقريب لي وله قرابة بذلك البلد كان دليلاً على صدقه.

وإن قال: جئت أطلب الأمان وقد خرج إليهم عسكر المسلمين فوجد على طريق جيش بلا سلاح كان أمره مشكلاً ، وإن لم يكن مقبلاً إلينا ولا على طريقهم لم يصدق.

ونحوه لابن يونس [1]، قال: لا خلاف فيمن أتى تاجرًا، فيقول: ظننت أنكم لا تتعرضون لمن آتاكم تاجرًا أنه يقبل قوله أو يرد إلى مأمنه، ولا خلاف إن لم تكن معهم تجارة وتبين كذبهم أو انكسرت مراكبهم ومعهم السلاح، أو ينزلون للعطش بغير أمان أنهم فيء ويرى الإمام فيهم رأيه من بيع ، أو قتل، أو فداء وليسوا لمن وجدهم ولا يخمسون. انتهى.

وكذلك قال ابن راشد وابن عبد السلام: أنهما لم يقفا على مقابل الأصح، زاد ابن عبد السلام: وما وجدت أحدًا ممن تكلم على هذه المسألة ممن يعتبر قوله ذكر قولاً بالقتل في محل الإشكال، وإذا انتفى القتل في محل الإشكال كان انتفاؤه مع أمارة صدق الرومي أولى، وكلام المصنف يدل على وجود الخلاف في ذلك. انتهى .

وقد قدمنا من كلام ابن بشير قولاً بالقتل في محل الإشكال، وكذلك ذكر المازري فيه قولين، ثم قال: وهذا الخلاف إذا ادعى أنه طالب للأمان، وأما إن لم يعتذر بعذر فظاهر المذهب أنه يستباح، وكذلك ظاهر المذهب تطرق التهمة إلى من حصل في بلادنا مغلوبًا كمن ردته الريح إلينا بخلاف من لقيناه يمشي طائعًا إلينا.

التونسي: وإذا وجد في أسواق المسلمين ومدائنهم لم يقبل قوله؛ لأنه لو كان صادقًا لأخبر بذلك أول دخوله، ولو قال: فلان أعطاني الأمان فأنكر فلان لم يقبل قوله على فلان ورأى فيه الإمام رأيه.

وقال أصبغ: إذا أنكر فلان، فالإمام مخير إن شاء أَمَّنَهُ أو رده إلى مأمنه، ولم يعجب

---

(١) «الجامع» (٣ / ١٠٥).

محمدًا ما قال أصبغ ، وقال: إن شاء رأى الإمام فيه رأيه.

وَأَمَّا مَنْ نَزَلَ بِأَمَانٍ فَبَاعَ وَرَجَعَ فَرَدَّتْهُ الرِّيحُ قَبْلَ وُصُولِهِ، فَهُوَ عَلَى أَمَانِهِ.

يعني: وأما لو نزل حربي بتجارة بأمان فباع واشترى ثم ذهب فردته الريح فهو على أمانه، وظاهر «المدونة» : أنهم على أمانهم سواء خرجوا من بلاد الإسلام أم لا، رمتهم الريح إلى بلد السلطان الذي أعطاهم الأمان أم لا، ففيها: وإذا نزل تجار بأمان فباعوا وانصرفوا فأينما رمتهم الريح من بلاد الإسلام فالأمان لهم ما داموا في تجرهم حتى يردوا بلادهم، ولأصبغ: لهم الأمان إلا أن يفارقوا بلاد الإسلام.

وقال ابن المواز: لهم حتى ينالوا مأمنهم من بلدهم، وقال ابن الماجشون : الأمان مقصور على بلد السلطان الذي أمنهم، واختلف الشيوخ في هذا الخلاف ، فرأى المازري أن هذا الخلاف كله راجع إلى شيء واحد، وهو ما قصده المؤمن بالتأمين هل قصده العموم أو لا؟

وعلى هذا فمتى تحقق قصد المؤمن العموم فالاتفاق على ذلك ، ولعل المصنف ممن سلك هذه الطريقة لعدم تعرضه للخلاف مع شهرته، وحمل ابن يونس ذلك على الخلاف، فإنه قال: تحصيل الخلاف في هذه المسألة؛ قيل: لهم الأمان حتى يصلوا إلى بلادهم، وقيل: حتى يقاربوا مأمنهم.

فإن رجعوا بعد بلوغهم إلى مأمنهم بريح غالبة أو مختارين ، فقيل: الإمام مخير إن شاء أنزلهم وإن شاء ردهم، وقيل: بل هم حل ، وقيل: إن رجعوا مغلوبين فالإمام مخير إن شاء أنزلهم وإن شاء ردهم، وإن كانوا مختارين فهم حل، وإن هو وقع ، إذا رجع لغير السلطان الذي أمنه فقيل: هو مثل الذي أمنه سواء، وقيل: بل هو حل له ولا أمان له، رجع إليه أو لقيه في البحر بقرب أو بعد من موضع خرج منه، وأما إن لم يبلغ مأمنه فرجع إلي موضع كان آمنًا فيه كان عليه إنزاله ولم يمنعه . انتهى.

ابن رشد(١): وإذا غنم العدو في بلد المسلمين شيئًا من أموال المسلمين ، ثم غنمه المسلمون منهم قبل أن يصلوا به إلى بلادهم، فهل يقسم إذا لم يعرف صاحبه أم لا؟ وهل يأخذه صاحبه إن قسم بثمن أم لا؟ وأنه كان يختلف عندهم في ذلك ، وهذه المسألة أصل

---

(٢) «البيان والتحصيل» (٣/ ٩١).

ذلك.

وَيَجُوزُ قَتْلُ الْعَيْنِ وَإِنْ كَانَ مُسْتَأْمَنًا

العين: هو الجاسوس، فيقتل ولو قدم بأمان، وهو مراده بقوله: (مُسْتَأْمَنًا)، سحنون: إلا أن يسلم فلا يقتل ويكون كأسير أسلم.

فرع:

وكذلك الذمي يكون عندنا فيتبين أنه عين فلا عهد له، سحنون: ويقتل.

اللخمي: يريد إلا أن يرى الإمام استرقاقه.

واختلف في المسلم يظهر أنه عين على خمسة أقوال: قال مالك في «العتبية»[1]: ما سمعت فيه شيئًا ويتخير فيه الإمام.

وقال ابن وهب: يقتل إلا أن يتوب.

وقال ابن القاسم: لا يعرف لهذا توبة، وقاله سحنون.

وقال عبد الملك: إن كان معتاداً لذلك قتل، وإن ظن به الجهل وعرف بالغفلة وأن مثله لا عورة عنده، وكان منه المرة وليس من أهل الطعن على الإسلام فلينكل.

سحنون: وقال بعض أصحابنا: يجلد جلداً منكلاً ويطال حبسه وينفى من موضع يقرب فيه من المشركين.

وإِذَا دَخلَ بِلادَ الْحَرْبِ وَلَمْ تُرْجَ قُطِعَ الْمَقْدور عَلَيْهِ وحُرِّقَ وَخُرِّبَ

يعني: إذا دخل المسلمون بلاد الحرب ولم ترجَ أن تصير للمسلمين جاز قطع أشجارهم وتحريقها وتخريب بنائهم؛ لأن ذلك من التضييق عليهم وفيه إضعاف لأمرهم، وليس ذلك أكثر من إباحة قتلهم.

سحنون: وأصل نهي الصديق ـ رضي الله عنه ـ عن قطع الشجر وخراب العامر؛ إنما يكون ذلك فيما يرجى مصيره للمسلمين.

وفِي النَّحْلِ خَاصَّةً قَوْلَانِ

---

(١) «البيان والتحصيل» (٣/ ٩١).

(النَّحْلِ) بالحاء المهملة، وهذا كالاستثناء من قوله: (حرق وخرب) يعني: أن هذا إنما هو في غير النحل.

واختلف في إتلاف النحل على قولين، حكى الباجي[١] روايتين فقال: روى ابن حبيب عنه: جواز ذلك فيه، وروى غيره: أنه كرهه، قال: وهذا إذا لم تدع إليه حاجة ، وأما إن احتيج إلى ذلك ولم يمكن إلا بتحريقها أو تغريقها فعل من ذلك ما يتوصل به إلى ما في أجباحها، وكذلك قال التونسي.

وقاس من قال بالجواز ذلك على سائر أموالهم، ومن منع تمسك بنهي النبي ﷺ والصديق عن ذلك كما تقدم.

وأشار المازري إلى أن محل الخلاف إنما هو إذا كانت كثيرة بحيث يكون لهم في ذلك نكاية ، وأما إذا كانت يسيرة بحيث لا نكاية للعدو في إتلافها فإنها تترك.

فَإِنْ رجيَتْ جَازَ إِنْ كَانَ إِنْكَاءً.

هذا قسيم قوله أولاً: (ولم ترج) وحاصله: أنه لا يجوز مع الرجاء إلا بشرط حصول النكاية لهم بذلك.

وَما عُجِزَ عَنْ حَمْلِهِ أُتْلِفَ مِمَّا لَهُم أَوْ لِلْمُسْلِمِينَ، فإِن كَانُوا مِن آكِلِي الْمَيْتَةِ حُرِّقَ الْحَيَوَانُ بَعْدَ قَتْلِهِ..

يعني: أن للمسلمين إذا قدروا على مال الكفار وعجزوا عن حمله أو عن حمل بعض متاعهم فإنهم يتلفونه؛ لئلا ينتفع العدو به، وسواء الحيوان وغيره على المشهور المعروف.

وروى ابن وهب أنه لا يتلف الحيوان لغير مأكلة؛ لعموم نهي الصديق وهذا في غير مراكبهم، وأما مراكبهم فلا خلاف في جواز قتلها وإتلافها بكل ما يجوز به قتل راكبيها.

قال المازري: وعلى المشهور فبماذا يتلف الحيوان؟

قال المصريون من أصحاب مالك : تعرقب وتذبح ويجهز عليها.

وقال المدنيون: يجهز عليها، وكرهوا أن تعرقب وتذبح.

قال ابن حبيب: لأن الذبح مثله، والتعرقب تعذيب.

---

(١) «المنتقى» (٤/ ٤٤٣).

المازري: واختار بعض أصحابنا الذبح؛ لأنه أروح للحيوان، واستشكل الباجي وغيره قول ابن حبيب: الذبح مثله؛ لأنه مباح فيما نهى عن التمثيل به، وإنما كره ـ والله أعلم ـ لأنه قد يكون فيها مثل الخيل ونحوها فيكون وسيلة إلى أكلها وتشكيكًا للعوام في إباحة الأكل، ونَزَّلَ ابن بشير قول المصريين والمدنيين على أنه خلاف في حال، فإن أمكن أن يحتاج إليه المسلمون لم يتلف عليهم بالإجهاز ، وإن لم يحتاجوا إليه أتلف.

قوله: (**فإن كَانوا مِن آكلِي الْمَيْتَة حُرِّقَ الْحَيَوَانُ بَعْدَ قَتْله**) كذا قال جماعة، الباجي[1] وابن بشير وغيرهما وهو ظاهر، وإن كان ابن القاسم قال: ما سمعت في الدواب أنها تحرق بعد عرقبتها.

فرع: وإذا عجزنا عن حمل النساء والصبيان والشيوخ، فإن كنا تركناهم في بلاد الحرب ثم جاء غيرنا فأخذهم فإنهم لمن أخذهم؛ لأنه لم يملكهم ملكًا تامًا، وأما إن تركناهم في حوز الإسلام فذلك كالإعتاق ولا سبيل لأحد عليهم ، نقله ابن حبيب عمن يرضاه ، واعترض ابن يونس قوله في الوجه الأول وأشار إلى أنه ينبغي أن يكونوا أحرارًا كما في الوجه الثاني، وقال: كيف لم يملكهم ملكًا تامًا وهو له أن يطأ ويبيع ولو أعتق لم يكن له فيه رجوع، وقد قال محمد عن أشهب: فيمن اشترى شيئًا من السبى فعجز عن بعضه فتركه ، فدخلت خيل أخرى فأخذته فهو لصاحبه الأول، وقول محمد صواب ما لم يكن رقيقًا أعتقهم فتركهم على العتق.

وَيَجُوزُ لأَمِيرِ الْجَيْشِ إِعْطَاءُ الأمَانِ مُطْلَقًا ومُقَيَّدًا قَبْلَ الْفَتْحِ وبَعْدَهُ ، ويَجِبُ عَلَيْهِ اعْتِبَارُ الْمَصْلَحَةِ...

لأن الأمير قد يرى المصلحة للمسلمين في تأمين العدو أو بعضهم إما مطلقًا، أو مقيدًا بزمان أو مكان أو صفة .

ابن بشير: ولا خلاف بين الأمة في ذلك ، وإذا جاز هذا لأمير الجيش، فلأن يجوز لأمير المسلمين أولى، ووجب عليه اعتبار المصلحة؛ لأنه وكيل على المسلمين، والوكيل إنما يتصرف على هذا الوجه ولا يجوز له اتباع هواه.

فإن قلت: ينبغي أن يحمل قوله: (**مُطْلَقًا**) على ما عدا هذه الأمكنة؛ لأن المذهب

---

(١) «المنتقى» (٤/ ٣٤٤).

اختلف في المستأمن بأمان سلطان إذا خرج إلى سلطان آخر هل يستبيحه هذا السلطان أم لا؟

قيل: إن بنينا على ما قاله المازري وغيره: من أنه لا خلاف في المسألة ، كان ما ذكره المصنف من الإطلاق متفقًا عليه، وإن بنينا على ما قاله ابن يونس: أن المشهور تعميم الأمان، خلافًا لابن الماجشون في قصره ذلك على بلد السلطان، يكون كلام المصنف جاريًا على المشهور ، والله أعلم.

فرع: ليس لأحد الناس أن يعقد الأمان لأهل إقليم، وإن وقع فالإمام مخير في إمضائه، وإنما ذلك للسلطان، هكذا قال غير واحد.

وَكَذَلِكَ كُلُّ ذَكَرٍ حُرٍّ مُسْلِمٍ عَاقِلٍ بَالِغٍ، أَوْ مُجَازٍ أَجَازَهُ الإِمَامُ قَبْلَ الْفَتْحِ، وقِيلَ: إِنْ كَانَ صَوَابًا.

تقدم أن الإقليم لا يعطي أهله الأمان إلا الأمير ، فكلام المصنف ليس على إطلاقه ، وكلامه مشتمل على خمسة شروط؛ لأن قوله: (حُرٌّ) يفهم منه الذكورية.

وقوله: (وَكَذَلِكَ) أي: يجوز تأمينه وليس للإمام رده، وهو قول مالك وابن القاسم.

وقال ابن الماجشون : الإمام مخير بين أن يمضيه أو يرده، وإلى حمل قول ابن الماجشون على الخلاف ذهب عبد الوهاب والباجي وغيرهما، وهو ظاهر كلام المصنف.

الباجي[1]: ودليل قول مالك قوله ﷺ: «يسعى بذمة المسلمين أدناهم»[2]، وقال ابن يونس [3]: وأصحابنا يحملون قوله على أنه ليس بخلاف ، خلاف ما تأوله عبد الوهاب. انتهى.

وبعض من حمل كلام ابن الماجشون على الخلاف رأى أن ابن القاسم، وابن الماجشون لم يختلفا في أن الإمام مخير، وإنما اختلفا في صفة التخيير ، فابن القاسم يقول: هو مخير بين أن يجيز أو يرده إلى مأمنه، وغيره يقول: هو مخير بين أن يجيز أو يرده فيئًا.

تنبيه: نص ابن حبيب على أنه لا ينبغي التأمين لغير الإمام ابتداءً، وهو خلاف ظاهر

---

(١) «المنتقى» (٤/ ٤٤٥).

(٢) أخرجه البخاري (٣٠٠٨)، ومسلم (١٣٧٠) من حديث عليّ ـ رضي الله عنه.

(٣) «الجامع» (٣ / ١٣٠).

كلام المصنف؛ لأنه قوله: (وكذلك) يقتضي جواز ذلك ابتداءً، إذ لا خلاف في جوازه للإمام ابتداءً.

وظاهر «المدونة» ككلام المصنف، ففيها : ويجوز أمان المرأة والعبد والصبي إن عقل الأمان.

ويحتمل: يجوز إن وقع، وكذلك اختلف في كلام ابن حبيب هل هو موافق «للمدونة» أو مخالف.

وقوله: (قَبْلَ الْفَتْحِ) يريد ما لم يتعلق للمسلمين حق؛ فقد نص سحنون على أنه إذا أشرف المسلمون على أخذ الحصن وتيقن أخذه، فأمنهم رجل من المسلمين أن للإمام رد تأمينه.

وفِي أَمْنِهِمْ بَعْدَ الْفَتْحِ قَوْلانِ.

ظاهر كلام المصنف أن الخلاف عام في حق من أمنه وفي حق غيره، وأنه عام في القتل والاسترقاق وليس كذلك، بل يجوز لمن أمنه قتله اتفاقًا، والخلاف إنما هو في القتل لا في الاسترقاق ؛ لأنه صار مملوكًا.

والقول بسقوط القتل لابن القاسم ، وابن المواز؛ لقوله ﷺ: «**يسعى بذمتهم أدناهم**»[(١)] .

قال سحنون : لا يحل لمن أمنه قتله، وأما الإمام فإن شاء قَتْلَه فعل، وإن شاء أمضى أمانه وكان فيئًا.

وقوله: (وفِي أَمْنِهِمْ) يحتمل أن يكون من إضافة المصدر إلى الفاعل؛ أي: وفي أمن المسلمين للعدو.

ويحتمل أن يكون مضافًا للمفعول، أي: وفي أمن الكفار، والمعنى سواء، والظاهر: أن تقديره: وفي إمضاء أمنهم؛ لأن ابن القاسم وغيره إنما تكلموا على ذلك بعد الوقوع، وكذلك نقل ابن بشير، ولفظه: وأما إذا وقع الفتح، فإن أمنه الأمير صح تأمينه، وإن أمنه غيره فهل يصح تأمينه فيكون مانعًا من القتل؟ قولان.

---

(١) تقدم تخريجه.

وَفِي ثُبُوتِهِ مِنْهُمْ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ قَوْلانِ.

قال بعضهم: هذا الخلاف مبني على قول سحنون القائل بعدم إجازة التأمين بعد الفتح، فإذا ادعى أنه أمَّنَه قبل الفتح فهل يقبل ـ لأن الأصل الصدق، وهذا قول ابن القاسم، وأصبغ ـ أم لا ؟ ولابد في ذلك من شاهدين، وهو قول سحنون .

وهذا ظاهر؛ لأن من يجيز التأمين بعد الفتح لا يحسن بناء هذا الخلاف عليه، إذ لا يتهم حينئذٍ ؛ لأنه إن صدقه الإمام في ذلك مضى، وإن لم يصدقه استأنف له الإمام حينئذٍ.

وقال ابن عبد السلام: عندي أن هذين القولين يأتيان على قول ابن القاسم أيضًا.

قال ابن القاسم في ذلك: وهذا الخلاف فيما عدا الإمام، وأما الإمام فيقبل منه بغير تفصيل.

وَأَمَانُ الْمَرْأَةِ وَالْعَبْدِ وَالصَّبِيِّ إِنْ عَقَلَ الأَمَانُ مُعْتَبَرٌ عَلَى الأَشْهَرِ.

الأشهر مذهب «المدونة»، وروى أبو الفرج عن مالك : لا أمان للثلاثة ؛ وقال سحنون وابن حبيب: إما أن يوفى له بذلك أو يرد إلى مأمنه، وأما القتل فلا.

ابن عبد السلام: وانظر فيما حكاه أبو الفرج هل له أن يقتل من أمنوه إذا لم يجزه؟ وعن سحنون في العبد إذا أذن له سيده في القتل صح أمانه ، وإلا فلا.

وقيل: إن قاتل العبد صح أمانه وإلا فلا.

الباجي[١] : ولا خلاف في اعتبار العقل في لزوم الأمان وصحته، ومعنى قوله: **(عَقَلَ الأمانُ)** أي: علم ثمرته وأنه يؤجر على الوفاء به وأن نقضه مذموم ، وتجاذب المشهور، ومقابله قوله ﷺ: **«قد أجرنا من أجرتِ يا أم هانئ»**[٢] بناءً على أن النبي ﷺ بين أنه جائز؛ وإنما جاز بإجازة النبي ﷺ له، وقد يقال: عدم إمضاء أمانها أظهر، فإنه لو كان صحيحًا لما جهل ذلك عليٌّ ـ رضي الله تعالى عنه ـ فإنه أراد قتل من أجارته أم هانئ.

---

(١) «المنتقى» (٤/ ٣٤٧).

(٢) أخرجه البخاري (٣٥٠)، ومسلم (٣٣٦).

وتمسكوا للمشهور في العبد بقوله ﷺ: «**يسعى بذمتهم أدناهم**»[(١)] .

وقال: من لم يعتبر تأمينه إن أوَّل الحديث وهو قوله ﷺ: «**تتكافأ دماؤهم**» يخرجه.

بِخلافِ الذِّمِّيِّ علَى الأشْهَرِ.

أي: فلا يعتبر أمانه على الأشهر، ومقابل الأشهر ذكره جماعة ، ففي «المازري»، و«التنبيهات» : مشهور المذهب لا يجوز أمان المشرك.

وقال الباجي[(٢)] : الظاهر من المذهب اعتبار الإسلام ، والشاذ لا يرى أمانه لازمًا مطلقًا، بل يجعل الإمام فيه مخيرًا ، قاله المازري ، وابن عبد السلام وغيرهما.

اللخمي: واختلف بعد القول أن الأمان لهم إن قالوا: ظننا أن الذي أعطانا الأمان مسلم، فقال ابن القاسم مرة: لا يقبل عذرهم، وقال مرة: ذلك لهم ويردون إلى مأمنهم .

وأرى إذا كان عالمًا أنه نصراني وقال: ظننت أن جواره جائز أن يرد إلى مأمنه؛ لأن ذلك مشكل ولم يأت بما لا يشبه فلا يستباح بالشك .

وإن قال : علمت أن جوار النصراني غير لازم ولم أعلم أنه نصراني لم يصدق؛ لأنهم أهل دين واحد.

وَلَوْ ظَنَّ الْحَرْبِيُّ الأَمَانَ فَجَاءَ أَوْ نَهَى الإمامُ النَّاسَ فَعَصوا أوْ نَسُوا أوْ جَهِلُوا أُمْضِيَ أو رُدَّ إلى مأمنِهِ...

يعني: أن الحربي إذا توهم الأمان، أو نهى الإمام الناس عن التأمين، فأمنوا نسيانًا أو عصيانًا أو جهلاً ، فأتى إلينا الحربي معتمداً على ذلك فلا يجوز قتله ولا استرقاقه، بل يخير الإمام في إمضائه أو يرد.

ابن راشد: وقوله: (**إلَى مَأْمَنِهِ**) صوابه أن يقول: رد إلى حيث كان قبل التأمين ؛ إذ قد يكون بموضع هو فيه خائف فلا يصح أن يرد إلى حيث يأمن، بل إلى حيث كان قبل التأمين، وهذا هو المنقول.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) «المنتقى» (٤/ ٣٤٧).

فرع:

الباجي[١]: والتأمين لازم بكل لسان فهمه الؤمَّنُ أم لا ، إن أراد أن المؤمِّنُ التأمين، وحكم الإشارة حكم العبارة.

وفروع هذا الباب كثيرة اقتصرنا منها على ما ذكره المصنف، وإن أحببت الوقوف عليها ففي «النوادر»[٢] .

وَيَجُوزُ أَخْذُ الْجِزْيَةِ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ إِجْمَاعًا، وفِى غَيْرِهِمْ مَشْهورُهَا: تُؤْخَذُ، وثَالِثُهَا: تُؤْخَذُ إلا مِنْ مَجُوسِ الْعَرَبِ، وَرَابُعَها: إلا مِنْ قُرَيْشٍ...

ينبغي أن يفهم الجواز على معنى الإذن في الإقدام لا بمعنى الإباحة، فإن الكتابي إذا بذل الجزية بشرطها حرم قتاله، والكفار ثلاثة أصناف:

الأول: أهل الكتاب، وحكمهم أن الجزية تقبل منهم بالإجماع، نقل ذلك غير واحد.

والثاني: الحبشة والترك، وحكمهم أنهم يدعون إلى الإسلام، فإن أبوا فالمشهور جواز قتالهم، فقد أباح مالك في «المدونة» قتال الفزازنة وهم صنف من الحبش، وأباح ابن القاسم غزو الترك.

وحكى ابن شعبان عن مالك: لا تغزى الحبشة والترك.

ابن القاسم : وأخبرني من أثق به من أهل المدينة عن حرملة بن سعيد أن النبي ﷺ قال: **«اتركوا الحبشة ما تركوكم»**[٣]، ونحوه ذكره ابن شعبان في الحبشة والترك.

ومنشأ الخلاف: أن من صحت عنده هذه الآثار خصص بها العمومات الدالة على قتال جميع الكفار، ومن لم تصح عنده أو حمل النهي عن قتالهم على الإرشاد ـ أي: أن قتال غيرهم في ذلك الزمان أولى ـ رأى أن قتالهم في هذا الزمان مباح.

والصنف الثالث: ما عدا ما ذكر من أهل الكفر، وحكى المصنف أربعة أقوال:

---

(١) «المنتقى» (٤/ ٣٤٧).

(٢) «النوادر والزيادات» (٣/ ٧٨).

(٣) أخرجه أبو داود (٤٣٠٩)، وأحمد (٢٣٢٠٣)، والحاكم (٨٣٩٦)، والبيهقي في «الكبرى» (١٨٣٧٩) من حديث عبد الله بن عمرو ـ رضي الله عنهما.
وحسنه الألباني ـ رحمه الله.

المشهور: أنها تؤخذ من كل كافر يصح سباه، ولا يخرج ذلك إلا المرتد.

والقول بعدم الأخذ مطلقًا لابن الماجشون ، ولا يفهم على عمومه كما هو ظاهر كلام المصنف، وابن بشير، فإنه لم يختلف في القبول من مجوس العجم، قاله صاحب «المقدمات»[١] ، والباجي[٢] وغيرهما؛ لما في «الموطأ»[٣] عنه ﷺ قال: **«سُنوا بهم سنة أهل الكتاب»**.

والثالث لابن وهب، نقله اللخمي وغيره.

والقول الرابع لابن الجهم، وذكر الباجي أن ابن القصار نقل هذا القول عن مالك.

وظاهر كلام المصنف: أن المذهب خلاف قول ابن الجهم، وأن في المذهب أربعة أقوال، وأن المشهور على إطلاقه ، وعلى هذا الظاهر مشاه ابن راشد، وابن عبد السلام.

وذكر المازري أن ظاهر المذهب كما شهره المصنف قال: وحكى المصنفون لمسائل الخلاف من أصحابنا وغيرهم أن مذهب مالك أنها تقبل إلا من كفار قريش.

ونقل صاحب «المقدمات» [٤] الإجماع على أن كفار قريش لا تؤخذ منهم الجزية، وذكر أن ابن الجهم نقل الإجماع أيضًا، وكذلك مقتضى كلام المصنف أن المشهور أخذها من عبدة الأوثان.

وذكر ابن عطية في «تفسيره» [٥] أن المنصوص في الوثني من العرب عدم أخذها منهم، وأنهم يقاتلون إلا أن يسلموا.

قال: ويؤخذ مما فيه الخلاف أنها تؤخذ منهم احتمالاً لا نصا.

خليل: وفيه نظر، فإنه نص في «الجلاب»[٦] على أنها تؤخذ من الوثني ، وكذلك صاحب «الكافي»[٧] وابن بشير وغيرهم؛ واختلف في تعليل عدم أخذها من كفار قريش،

---

(١) «المقدمات» (١/ ١٩٠).

(٢) «المنتقى» (٤/ ٤٤١).

(٣) أخرجه مالك (٦١٦) من حديث عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه.

(٤) «المقدمات» (١/ ١٩٠).

(٥) «المحرر الوجيز» (١ / ٣٤٣).

(٦) «التفريع» (١/ ٣٦٠).

(٧) «الكافي» (ص/ ٢١٦).

فعلله ابن الجهم: بأنها لم تؤخذ منهم إكرامًا لهم لمكانهم من النبي ﷺ وهي تؤخذ على وجه الصغار والذلة، وعلله القزويني بأن قريشًا أسلموا كلهم، فإن وجد منهم كافر فهو مرتد فلا تؤخذ منه.

المازري: وإن ثبتت الردة فلا يختلف في عدم أخذها منهم، وحكى الباجي[1] والمازري عن ابن وهب أنه منع قبولها من العرب مطلقًا ، فإن صح أنه اختلف قوله في ذلك ، صار في المسألة خمسة أقوال.

ومنشأ الخلاف: النظر إلى قوله تعالى: ﴿ **قَاتِلُوا الَّذِينَ لا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلا بِالْيَوْمِ الآخِرِ وَلا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ** ﴾ [التوبة: ٢٩] هل هو كالشرط فلا تقبل من غيرهم ، أو لا فتقبل؟

فائدة: يؤخذ من قوله ﷺ: «**سنوا فيهم سنة أهل الكتاب**» أن المجوس ليسوا أهل الكتاب.

ابن بشير: ولا خلاف أنهم الآن ليس لهم كتاب، واختلف هل كان لهم كتاب فرفع أم لا؟

وتَلْزَمُ بالنقلة إِلَى مَوْضعٍ لا يُمْتَنَعُ فيه عَنْهَا.

يعني: أن من تمام كون الذمي من أهل الجزية أن يكون حيث تناله أحكامنا، ولا يمكن حيث يمكن أن ينقض العهد ،فإن أبوا من الانتقال قوتلوا ولم يتركوا.

ولا تُؤْخَذُ إلا مِنْ ذَكَرٍ حُرٍّ عاقلٍ بَالغٍ مُخَالط، ولا تُؤْخَذُ مِنِ امْرَأَةٍ وَلا عَبدٍ ولا مَجْنُونٍ ولا صَغِيرٍ ولا رَاهِبٍ، وفِيمَنْ تَرَهَّبَ بَعْدَ عَقْدِهَا قَوْلانِ.

حاصله: أنها لا تؤخذ إلا ممن اجتمعت فيه خمسة شروط، وتصور كلامه ظاهر.

وقوله: (رَاهِبٍ) أي: راهب الصوامع والديارات، وأما راهب الكنيسة فتؤخذ منه؛ لأنه يقتل.

والأصل في هذا قوله تعالى: ﴿**قَاتِلُوا الَّذِينَ لا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلا بِالْيَوْمِ الآخِرِ وَلا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ** ﴾ [التوبة: ٢٩] والضمير عائد على المقاتلين ، وهؤلاء الخمسة لا يقاتلون.

أبو حنيفة: وتؤخذ منهم الجزية أول الحول حين العقد، وقال الشافعي: بل في آخره.

---

(١) «المنتقى» (٤/ ٤٤١).

الباجي[١]: ولم أر في ذلك نصا لأصحابنا ، والذي ظهر لي من مقاصدهم أنها تؤخذ آخره ـ وهو الصحيح إن شاء الله تعالى ـ لأنها حق يتعلق وجوبه بالحول فوجب أن تؤخذ في آخره كالزكاة.

قال صاحب «المقدمات»[٢]: ونقل عن بعض الأصحاب أنه قصرها على جزية العنوة، ورأى أن الصحيح في الصلح أن تؤخذ معجلة ؛ لأنها عوض عن تأمينهم وحقن دمائهم، ورده عليه ورأى أنه لا فرق في ذلك.

وقوله: **(وفِيمَنْ تَرَهَّبَ بَعْدَ عَقْدِهَا قَوْلانِ)** القول الأول بعدم زوالها بالترهيب نقله اللخمي عن مطرف، وابن الماجشون.

والقول بالسقوط نسبه في «البيان»[٣] لابن القاسم، ووجهه: أن الحكم في الأصل دائر مع الرهبانية وجودًا وعدمًا.

فرع:

يجوز أخذ الجزية في جميع البلاد إلا في جزيرة العرب؛ لما ثبت عنه ﷺ أنه قال: **«لا يبقين دينان في جزيرة العرب»**[٤] ، وهي مكة، والمدينة، واليمن.

وفي رواية عيسى بن دينار: وروى ابن حبيب من أقصى عدن وما والاها من أرض اليمن كلها إلى ريف العراق في الطول.

وأما العرض: فمن جدة وما والاها من ساحل البحر إلى أطراف الشام ومصر في المغرب.

وفي المشرق: ما بين يثرب إلى منقطع السماوة، ولا يمنعون من الاجتياز بها.

واختلف في العبيد، فقال عيسى: يخرجون كالأحرار، قيل له: فما بال أبي لؤلؤة؟ فقال: قد أراد عمر إخراجه مع من أخرج حتى طلبه غيره بأن يقره لعلمه .

وقال ابن مزين: لا يخرج العبيد ، قال: وإنما كره عمر ـ رضي الله عنه ـ أبا لؤلؤة

---

(١) «المنتقى» (٤/ ٤٤١).
(٢) «المقدمات» (١/ ١٩١).
(٣) «البيان والتحصيل» (٢ / ٥٥٩).
(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١٤٠٩) من حديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه.

ونحوه لغوائلهم.

ولاَ مِنْ حُرٍّ أَعْتَقَهُ مُسْلِمٌ، بِخلافِ مَنْ أَعْتَقَهُ ذِمِّيٌّ.

حاصله: أن المعتق يعطى حكم من أعتقه، وهذا قول ابن القاسم في «المدونة» وأسقطها أشهب عن معتق الكافر أيضًا تبعًا لحالته الأولى؛ فإنه كان ليس من أهل الجزية، وتوقف مالك في «الموازية» في معتق الكافر.

وقال ابن حبيب في النصراني يعتقه مسلم: قد اختلف فيه، وأحب إليّ أن تؤخذ منهم الجزية صغارًا لهم، وعلى هذا فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال: ثالثها: المشهور إن كان المعتق مسلمًا فلا شيء عليه، وإن كان كافرًا فعليه تبعًا لسيده.

ابن عبد السلام: وقد يقال في هذه التبعية نظر؛ فإن غاية أمر الولاء أن يكون كالنسب، والانتساب للمسلم غير مانع من أخذها.

قال في «المقدمات»[1] بعد أن ذكر الثلاثة الأقوال: وهذا الاختلاف إنما هو إذا أعتق في بلاد الإسلام، وأما إن أعتق في دار الحرب فعليه الجزية على كل حال.

وفِي أَخْذِهَا مِنَ الْفَقِيرِ قَوْلانِ.

ابن عبد السلام: المشهور من القولين السقوط، لكن بتدريج فتؤخذ من الفقير الذي يجد من أين يؤديها ولا كبير إجحاف عليه، وتسقط عمن لا يقدر عليها ولا على شيء منها ولا يطلب بها بعد غناه، وتخفف عمن حاله بين هذين على حسب نظر الإمام.

وفي «الكافي»[2]: وتؤخذ من فقرائهم بقدر ما يحتملون ولو درهم وإلى هذا رجع مالك، ومن بلغ منهم أخذت منه الجزية عند بلوغه ولا ينتظر به الحول.

وقال ابن حبيب في «الواضحة»: لا تؤخذ الجزية من الفقير ، اللخمي: وهو أحسن.

وفي «المقدمات»[3]: ولا تنقص عن الفقير لفقره إذا كانت له قوة على احتمالها، واختلف إن ضعف عن حمل جملتها؛ فقيل: إنها توضع عنه وهو الظاهر من قول ابن

---

(١) «المقدمات» (١/ ١٩١).

(٢) «الكافي» (ص/ ٢١٧).

(٣) «المقدمات» (١/ ١٩٢).

القاسم، وقيل: قد يحمل منها بقدر احتماله.

قال القاضي أبو الحسن: ولا حد لذلك، وقد قيل: إن حد أقل الجزية دينار أو عشرة دراهم.

وَهِيَ أَرْبَعَةُ دَنَانِيرَ وَأَرْبَعُونَ دِرْهَمًا مِنْ أَهْلِ الْوَرِقِ.

لا يزاد على ذلك وإن كثر يسرهم على المشهور.

ونقل في «الكافي»(١) قولاً أنه يزاد على من قوي على ذلك.

مالك في «الموازية»: ويوضع عن أهل الجزية ما كان قدره عمر ـ رضي الله تعالى عنه ـ عليهم من ضيافة ثلاثة أيام وأرزاق المسلمين ؛ لما أُحدِث عليهم من الجوز.

وقال في «المقدمات»(٢) : معنى ذلك أنه لا يسوغ لأحد ممن مر بهم أن يأخذ ضيافتهم إذا علم أنه لم يوف لهم بالعهد.

الباجي(٣): وقول مالك يدل على أن ذلك لازم مع الوفاء بما عوهدوا عليه.

تنبيه:

وهذا كله إنما هو في الجزية العَنوية؛ وأما الصلحية فلا حد لها إلا بحسب ما تقرر عليهم من قليل أو كثير، قاله ابن حبيب وغيره.

قال في «المقدمات» (٤) : وفيه نظر، والصحيح أنه لا حد لأكثرها، وأقلها ما فرض عمر. انتهى.

فيكون أقلها أربعة دنانير أو أربعون درهمًا، ثم ذكر أنها إذا وقعت مبهمة حملت على الجزية العنوية.

وَفِي التَّخْفِيفِ عَمَّنْ دُونَ الْمَلِيءِ قَوْلَانِ.

القول بالتخفيف لمالك وأصبغ ، ومقابله لابن القاسم.

---

(١) «الكافي» (ص/ ٢١٧).

(٢) «المقدمات» (١/ ١٨٤).

(٣) «المنتقى» (٤/ ٤٤٥).

(٤) «المقدمات» (١/ ١٨٤).

وَمَنْ أَسْلَمَ سَقَطَ مَا عَلَيْهِ مِنْهَا وَلَو سِنُونَ، كَمَا يَسْقُطُ الْمَالُ الَّذِي هُودِنَ عَلَيْهِ أَهْلُ الْحُصُونِ إِذَا أَسْلَمُوا ...

تصور كلامه ظاهر؛ ونبه على خلاف الشافعي ، فإنه قال بعدم السقوط بالإسلام؛ ووجه مذهبنا: أن الله قرن أخذها بالذلة والصغار، وذلك غير ممكن بعد الإسلام .

مالك: وبلغني أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى عماله أن يضعوا الجزية عمن أسلم من أهل الجزية حين يسلمون.

مالك: وهي السنة التي لا اختلاف فيها؛ ولما في ذلك من التأليف على الإسلام، وقوله: (هُودِنَ) أي: صولح.

وَيَسْقُطُ عَنْ أَهْلِ الصُّلْحِ بِالإِسْلامِ الْجِزْيَةُ عَنْهُ وَعَنْ أَرْضِهِ وَدَارِهِ.

أهل الصلح: قوم من الكفار حموا بلادهم حتى صولحوا على شيء يعطونه من أموالهم، فما صولحوا على بقائه بأيديهم فهو مال صلح أرضًا كان أو غيرها، وما صولحوا به أو أعطوه عن إقرارهم في بلادهم أو تأمينهم أرضًا كان أو غيرها، فإنه ليس بمال صلح، قاله الباجي[1] .

وروى ابن حبيب أن الجزية الصلحية جزيتان:

أولاهما: أن تكون عن الجماجم.

والثانية: أن تكون على جملتهم.

فإن كانت على الجماجم ، فهذه الجزية تزيد بزيادتهم وتنقص بنقصانهم، ويبرأ من أداها وإن لم يؤد غيره شيئًا ، وإن كانت عن جملتهم فلا يزاد على ذلك بزيادتهم ولا ينقص منها لنقصانهم، ولا يبرأ أحد منهم إلا بأداء الجميع ؛ لأنهم حملاء ؛ وجعل صاحب «المقدمات»[2] الجزية الصلحية ثلاثة أوجه:

الأول: أن تكون الجزية مجملة عليهم.

والثاني: أن تكون مفرقة على رقابهم دون الأرض.

---

(١) «المنتقى» (٤/ ٤٤٥).

(٢) «المقدمات» (١/ ١٨٣).

والثالث: أن تكون مفرقة على رقابهم وأرضهم، أو على أرضهم دون رقابهم، مثل أن يقول: على كل رأس كذا وكذا، وعلى كل زيتونة كذا وكذا، قال: ولكل وجه من هذه الوجوه أحكام تخصه ، فأما إذا كانت الجزية مجملة عليهم: فذهب ابن حبيب إلى أن الأرض موقوفة للجزية لا تباع، ولا تقسم، ولا تورث، ولا تكون لهم إن أسلموا عليها، وأن مال من مات منهم لورثته من أهل دينه، إلا أن يكون له ورثة من أهل دينه فيكون للمسلمين.

وذهب ابن القاسم إلى أن أرضهم بمنزلة ما لهم يبيعونها ويورثونها ويقتسمونها وتكون لهم إن أسلموا عليها، وإن مات منهم ميت ولا وارث له فأرضه وماله لأهل مَوادِهِ، ولا يمنعون من الوصايا وإن أحاطت بأموالهم، إذ لا ينقصون من الجزية شيئًا بموت من مات منهم.

خليل: يريد بهذا الوجه: أن الصلح وقع مجملاً على البلد بما حوت من أرض ورقاب من غير تفصيل بما يخص كل واحد ، وأما لو وقعت مجملة على الرقاب دون البلد، فنص ابن حبيب على أن لهم بيع الأرض وأنها تورث عنهم كما لو كانت مفصلة على الجماجم، نقله ابن يونس(١) عنه.

وعلى هذا فتصير أربعة أوجه؛ قال: وأما إن كانت الجزية مفرقة على رقابهم، فلا اختلاف أن لهم أرضهم وما لهم يبيعون ويورثون وتكون لهم إن أسلموا عليها، ومن مات منهم ولا وارث له من أهل دينه فأرضه وماله للمسلمين، ولا تجوز وصيته إلا في ثلث ماله، وأما إن كانت الجزية مفرقة على الجماجم والأرض ، أو على الأرض دون الجماجم، فاختلفوا في جواز بيع الأرض على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن البيع لا يجوز، وهي رواية ابن نافع عن مالك.

والثاني: أن البيع جائز ويكون الخراج على البائع، وهو مذهب ابن القاسم في «المدونة» وغيرها.

والثالث: أن البيع جائز ويكون الخراج على المبتاع ما لم يسلم البائع، وهو مذهب أشهب، وقوله في «المدونة».

ولا اختلاف أنها تكون لهم إن أسلموا عليها، وأنهم يرثونها بمنزلة سائر أموالهم

---

(١) «الجامع» (٣/ ١٤٩).

وقرابتهم من أهل دينهم ، أو المسلمون إن لم تكن لهم قرابة من أهل دينهم.

وَتَسْقُطُ عَنْ أَهْلِ الْعَنْوَةِ الْجِزْيَةُ فَقَطْ؛ لأن مَا بِيَدِهِ مِنْ أَرْضِ الْعَنْوَةِ لِلْمُسْلِمِينَ.

أما سقوط الجزية، فواضح لما ذكرنا؛ وأما الأرض فإنها للمسلمين؛ لأنها لم تقر بيده إلا ليعمل فيها ويكون ذلك إعانة له على أداء الجزية.

«**الباجي**»: والعنوة: الغلبة.

وَأَمَّا غَيْرُهَا مِمَّا تُرِكَ بِيَدِهِ فَالْمَشْهُورُ لَهُ.

يعني: غير الأرض من الرقيق والحيوان والعروض ، وما ذكره المصنف هنا ينبني على فرع آخر ، وذلك إذا اختلف في أهل العنوة إذا أقرت بأيديهم الأرض ؛ فقيل: هم عبيد للمسلمين، وعليه فلا يكونون أحرارًا بإسلامهم ، ولا يملكون بإسلامهم مما بأيديهم شيئًا؛ وقيل: هم أحرار .

فعلى هذا يأتي المشهور الذي ذكره المصنف: أنهم إذا أسلموا تكون لهم أموالهم ، لكن لم أر من خرج بمشهوريته ، وإنما حكاه الباجي[١] وغيره عن ابن حبيب، والشاذ في كلام المصنف هو مذهب ابن القاسم.

واعلم أن هذين القولين مطلقان فيما كان بأيديهم يوم الفتح وفيما اكتسبوه بعد ذلك.

ولابن المواز ثالث : أنهم يملكون ما اكتسبوه بعد الفتح لا ما كان موجودًا يوم الفتح.

ابن رشد[٢]: وهو استحسان على غير قياس.

ويشهد لتشهير المصنف ما قاله صاحب «البيان»، وابن زرقون: أن ظاهر «المدونة» في باب الهبة لا يمنع أهل العنوة من الهبة والصدقة ، إذ لم يفرق بين أهل العنوة والصلح، خلافًا لابن حبيب الذي منعهم من الهبة والصدقة وجعلهم كالعبد المأذون له في التجارة.

«**الباجي**»[٣]: ويكون على قول ابن المواز أن لهم هبة ما اكتسبوه بعد الفتح فقط .

---

(١) «المنتقى» (٤/ ٤٤٧).

(٢) «البيان والتحصيل» (١٦/ ١٢٤).

(٣) «المنتقى» (٤/ ٤٤٧).

وَالْمَوْتُ كَذَلِكَ.

أي: حكم موته حكم إسلامه فيما ذكر في أرض الصلح والعنوة وغيرها.

فرع:

وكيف نعلم ورثتهم ونحن لا نعلم مواريثهم؟ وروى يحيى عن ابن القاسم: أن ذلك راجع إلى أهل دينهم وأساقفتهم، فمن قالوا: يرثه من ذي رحم أو غيره من رجل أو امرأة سلم ذلك إليه، وإن قالوا: لا وارث له فميراثه للمسلمين.

ووجه ذلك: أن طريقه الخبر عما ينفردون به من العلم، فيقبل قولهم عما يعلمونه من الأدواء وترجمتهم عن الألسنة التي لا نعرفها، قاله الباجي[١].

ابن راشد: وأما العنوي فإن كان له وارث ورثه ويسأل عن ذلك أساقفتهم، وإن لم يكن له وارث فماله لبيت المال، والله أعلم.

وَلَوْ قَدِمَ حَرْبِيٌّ فَأَرَادَ الإِقَامَةَ نَظَرَ السُّلْطَانُ، فَإِن ضَرَبَهَا ثُمَّ أَرادَ الرُّجُوعَ، فَفِي تَمْكِينِهِ قَوْلانِ...

قد تقدم أن الحربي إذا بذل الجزية بشرطها حرم قتاله، وعلى هذا فإنما يكون نظر السلطان هنا لأجل أنه قد لا يكون قصده الإقامة عندنا على الحقيقة، بل احتمل أن يكون جاسوسًا ونحو ذلك.

وقوله: (**فَإِنْ ضَرَبَهَا**) القول بتمكينه من الرجوع لمالك في «الموازية»، واستحسنه ابن القاسم.

وقال محمد: إذا اختار الجزية واستلزمها الجزية لم يمكن من الرجوع، والأظهر: أن الخلاف مبني على أن يخشى منه أن يدل على عورة المسلمين أم لا.

وأما إن تحقق ذلك فيمنع بلا إشكال، والأظهر المنع مطلقًا.

محمد: ولو أراد المسير إلى بلد آخر من بلاد المسلمين وتضرب عليه الجزية فيه لم يمنع.

---

(١) «المنتقى» (٤/ ٤٤٨).

وَمَنْ سَافَرَ فِي قُطْرِهِ الَّذِي صُولِحَ عَلَيْهِ فَلا عَزْمَ عَلَيْه، وَإِنْ سَافَرَ إِلَى غَيْرِه أُخِذَ مِنْهُ الْعُشْرُ مِمَّا بَاعَ بِهِ أَوِ اشْتَرَاهُ، وَقِيلَ: وَإِنْ لَمْ يَتَصَرَّفَ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ لِحَقِّ الانْتِفَاعِ أَوِ الْوُصُولِ...

ليس القطر عبارة عن مملكة ملك، فإن الملكَ الواحد قد يملك قطرين فأكثر كملك مصر، فإنه يملك الشام والحجاز وكل منهما قطر منفرد، وحاصل كلامه: أن تجار الكفار على ضربين: مستأمن وسيأتي حكمه، وذمي وهو إن سافر في قطره الذي يؤدي فيه الجزية فلا يؤخذ منه شيء، وفي غيره يؤخذ منه العشر، وهذا هو المشهور.

وقال **محمد بن عبد الحكم**: لا يؤخذ منهم شيء إلا بمكة أو المدينة خاصة، حيث أخذ منهم عمر ـ رضي الله عنه ـ وهل لا يؤخذ منهم العشر إلا إن باعوا أو اشتروا، وإليه ذهب مالك، وابن القاسم، وأشهب وهو المشهور، أو يؤخذ منهم وإن لم يبيعوا ويكون المسلمون شركاء لهم فيما بأيديهم، وإليه ذهب ابن حبيب، وحكاه عن مالك وأصحابه المدنيين.

ومنشأ الخلاف: ما ذكره المصنف، ويبنى عليه لو أراد الذمي الرجوع بعد وصوله وقبل بيعه، فعلى المشهور لا شيء عليه.

فرع:

واختلف في الذمي إذا رجع من غير قطره إلى قطره، فقال مالك في «المجموعة»: يؤخذ منه.

وقال في «مختصر ابن عبد الحكم»: لا يؤخذ منه شيء.

وحُرُّهُمْ وَعَبْدُهُمْ سَوَاءٌ عَلَى الْمَشْهُور، لا يُحَالُ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ رَقِيقِهِمْ فِي اسْتِخْدَامٍ أَوْ وَطْءٍ، وعَلَيْهِ لا يُؤْخَذُ فِي تِبْرٍ يَضْرِبُونَهُ إلا أُجْرَةَ عُشْرِه...

اشتراك الحر والعبد في ذلك ظاهر، لأنه إنما أخذ لحق الانتفاع أو الوصول؛ وذلك مشترك فيما قاله في «المدونة»؛ ولو قدم الذمي مائة مرة فإنه يؤخذ منه، و(**عَلَى الْمَشْهُورِ**) أي: في أنه لا شركة لأحد معهم فإنه لا يحال بينه وبين إمائه، وله وطؤهن واستخدامهن، وكذا قال ابن القاسم، وقال ابن حبيب: لا يمكن من ذلك؛ لأن المسلمين شركاؤه. وعلى الخلاف فإذا قدموا بتبر يضربونه دنانير أو صاغوا حليا يؤخذ منه إلا عشر الأجرة؛ ووقع هنا نسختان:

إحداهما: الأجرة عشر.

والثانية: إلا عشر أجرته.

وكلاهما بمعنى؛ لأن عشر الأجرة أجرة العشر.

وعلى قول ابن حبيب يؤخذ منهم عشر التبر، وإذا قدموا بغزل نسجوه بأيديهم أو تبر فضربوه أيضًا بأيديهم فلا شيء عليهم، ونص عليه ابن المواز.

وهكذا ينبغي لهم ذلك بهبة من غير ثواب، والظاهر أنهم إن أثابوا عليها أن حكم ذلك حكم الأجرة.

ابن عبد السلام: وظاهر كلام المصنف وهو المنصوص لغيره، أن المأخوذ هنا إنما هو عشر الإجارة، والتحقيق على قول ابن القاسم أنه يؤخذ منهم عشر العمل؛ لأنه عوض عشر الدراهم، فحق الإمام أن يأتي بعشر تبرهم أو غزلهم فيكلفهم الاستئجار عليه.

فرع:

ابن عبد السلام: ولا يسقط هذا العشر بدين يكون على الذمي؛ لأنهم أسقطوه بدين المسلم يكون عليه، وشرطوا في دين المسلم قيام البينة على صحته، ولا يقبل قول الذمي فيه كما يقبل قول المسلم في المشهور . انتهى.

وَلَوْ اشْتَرَى بِالْعَيْنِ سِلَعًا أُخِذَ عُشْرُ السِّلَعِ لا عُشْرُ قِيمَتِهَا عَلَى الْمَشْهُورِ .

لا خصوصية في فرض هذه المسألة في العين، بل وكذلك لو قدموا بسلع؛ ولا إشكال على قول ابن حبيب أن عليهم عشر ما قدموا به، وإنما الخلاف هنا مبني على المشهور، والمشهور هو نص «المدونة»، قال فيها: ولو قدم بعين فاشترى به سلعة أخذ منه عشر تلك السلعة مكانه، ونقلها أبو محمد : أخذ منه عشر قيمة تلك السلعة، وهذا هو مقابل المشهور عند المصنف وقد تقدم أن مثل هذا لا ينبغي أن يعد خلافًا.

ابن يونس[١] : قال بعض شيوخنا: إن كانت السلعة تنقسم أخذ منه عشرها وإن كانت لا تنقسم أخذ منه تسع قيمتها؛ وذلك أن لنا عشر السلعة بعينها ، فإذا أعطانا قيمة العشر صار كأنه اشترى سلعة ثانية منا فلنا أيضا عشرها، فإذا أعطانا أيضا قيمة العشر ، صار كسلعة ثالثة اشتراها منا، ثم كذلك حتى يَدِقَّ العُشر - فلا يعلم قدره إلا الله تعالى -

---

(١) «الجامع» (٣ / ١٣٠).

فيؤخذ منه التسع في أول مرة، وهو الحق الذي لا شك فيه. انتهى.

وأنكر بعضهم هذا القول ورأى أنه يلزم في التسع ما يلزم في العشر.

الباجي[١]: واختلف أصحابنا المغاربة إذا بنينا على أخذ العشر، فقال بعضهم: إن كان ما صار لهم ينقسم أخذ منه العشر، وإن كان لا ينقسم أخذ منه ثمن العشر.

وقال بعضهم: تؤخذ منه القيمة على كل حال، وإن كان مما ينقسم أو يكال أو يوزن.

فرع:

فإن استحق المشتري أو رد بعيب، ففي «كتاب ابن سحنون»: يرجع عشره ، وهو في الاستحقاق ظاهر.

وأما في الرد بالعيب فصحيح على رأي المتأخرين أن الرد بالعيب نقض للبيع من أصله، وأما على القول بأنه ابتداء بيع فهو مما ينظر فيه.

ويُؤْخَذُ منْهُ عُشْرُ غَلَّة دوَابِّه وغَيْرِهَا علَى المَشْهُور، وفي كَيْفيَّة أَخْذه ثلاثَةٌ: مَشْهُورُهَا فِيمَا عقَدَ فِي غَيْرِ قُطْرِه فَقَطْ وبِالْعَكْسِ، ومِقْدَارِ سَيْرِه فِي قُطْرِ غَيْرِه.

غيرها كالسفن، والمشهور مذهب «المدونة»، والشاذ لأشهب وابن نافع: لا شيء عليه في ذلك، بناءً على أن هذا ملحق بالتجارة أم لا، وعلى المشهور اعتبار محل العقد، فإن عقد في قطره إلى قطر غيره لم يؤخذ منه شيء، وبالعكس يؤخذ منه ، والعكس لابن حبيب.

اللخمي: ويختلف على هذا إذا أسلم في سلعة ليقبضها في غير بلده، هل يراعى موضع العقد أو موضع القبض، وقيل: يفرض الكراء على مجموع سيره في قطره وقطر غيره، فما ناب قطره سقط عشره، وما ناب غيره أخذ عشره.

وفي «**الجلاب**»[٢]: عن ابن المواز: يؤخذ العشر سواء أكرى ببلده أو بغير بلده.

وفِي الاقْتِصَارِ عَلَى نِصْفِ الْعُشْرِ فِيمَا يَجْلِبُ مِنَ الطَّعَامِ إِلَى مَكَّةَ والْمَدِينَةِ قَوْلانِ.

في قوله: (**الطَّعَام**) إطلاق وليس المراد عموم الطعام، بل المراد الحنطة والزيت خاصة،

---

(١) «المنتقى» (٤/ ٤٤٨).

(٢) «التفريع» (١/ ٣٦٠).

صرح به ابن الجلاب[1] وصاحب «الكافي»[2] .

والقول بنصف العشر رواه ابن نافع عن مالك، وهو الذي في «الجلاب»[3] و«الرسالة»[4] والقول بالعشر لمالك أيضًا، وقد أغنى الله مكة والمدينة بالمسلمين .

ابن الجلاب[5]: ويخفف عنهم في قرى مكة والمدينة كما يخفف عنهم فيهما، ويؤخذ منهم في ذلك العشر كاملاً فيما حملوه من البز والعروض والقطاني وسائر التجارات سوى الحنطة والزيت.

وَأمَّا الْمُعاهَدُ فَيُؤْخَذُ منْهُ مَا قَدَرَ عَلَيْه، فَإنْ لَمْ يَقْدِرْ، فَالْمشْهُورُ: اجْتِهَادُ الإمَامِ، فَلَهُ أَنْ يَأخُذَ وإِنْ لَمْ يَبِيعُوا ، وقِيلَ: كالذِّمِّيِّ..

المعاهد: هو الحربي إذا قدم إلينا بعهد؛ أي: بأمان، ولا شك أنه إن قدر عليه شيء أنه يؤخذ منه ولا يزاد عليه.

ابن راشد: ونقل بعضهم في ذلك الاتفاق ، وإن لم يقدر شيء فذكر المصنف أن المشهور في ذلك اجتهاد الإمام؛ أي: فيما يؤخذ منهم؛ أعني فيما ينزلون عليه، وأما إن نزلوا مبهمًا فيتعين أخذ العشر، نص عليه في «الرسالة»[6] و«الجلاب»[7] وغيرهما.

وفي «المدونة»: وأهل الحرب إذا نزلوا بتجارة أخذ منهم ما صولحوا عليه، وقاله ابن نافع، وروى علي بن زياد عن مالك أن عليهم العشر.

قال في «البيان»[8] : واختلاف رواية ابن القاسم ورواية علي إنما هو في الابتداء هل ينزلون على العشر أو مبهمًا؟ فابن القاسم أجاز أن ينزلوا على أقل من العشر أو مبهمًا،

---

(١) «التفريع» (١/ ٣٦٠).
(٢) «الكافي» (ص/ ٢١٨).
(٣) «التفريع» (١/ ٣٦٠).
(٤) «الرسالة» (ص / ٨٤).
(٥) «التفريع» (١/ ٣٦٠).
(٦) «الرسالة» (ص / ٨٤).
(٧) «التفريع» (١/ ٣٦٠).
(٨) «البيان والتحصيل» (٩/ ٧٥).

وعلي لم يجز أن ينزلوا على أقل من العشر، وإذا نزلوا مبهمًا اتفقت الروايات على أخذ العشر.

قال صاحب «تهذيب الطالب»: ظاهر رواية ابن زياد أن ذلك سواء نزلوا مبهما أم لا، وهم كأهل الذمة وقد بينه في «المجموعة» ،ونصها على ما قال مالك: ويؤخذ من تجار أهل الحرب العشر مثل ما يؤخذ من تجار أهل الذمة.

عبد الحق[1]: وهذا يبطل تأويل من تأول أن الذي وقع في المدونة معناه إذا نزلوا مبهمًا.

ابن القاسم في «المجموعة»: وإذا نزلوا على دراهم أو دنانير لم يحل بينهم وبين رقيقهم. مالك: ولو كان على العشر حيل بينهم وبين وطء الإماء حتى يبيعوا.

وقال ابن حبيب: وللوالي أن يقاسمهم فيما قدموا به، وإن كان مما لا ينقسم بيع كله وأخذ الوالي جزأه وخلي لهم البقية، إن شاؤوا باعوا هنا أو رجعوا به.

وقال مالك في «الموازية»: ليس للوالي مقاسمتهم رقيقًا ولا غيره حتى يبيعوا ، قال فيها وفي «المجموعة»: فإن لم يبيعوا ورجعوا فليؤدوا العشر ويصنعوا ما شاؤوا ، ثم حيثما نزلوا من بلاد الإسلام فلا يؤخذ منهم شيء ، إلا أن يشترط عليهم شرط فيعمل عليه، وإلى ما في «الموازية»: أنهم إن لم يبيعوا أخذ منهم العشر أشارا المصنف بقوله: (**فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ وإِنْ لَمْ يَبِيعُوا**) لكن في قوله: (أن يأخذ) نظر؛ لأن ظاهره أن له الترك وهو خلاف لما في «الموازية»، وكذلك قال أبو الحسن: ظاهر «المدونة» أن أهل الحرب يؤخذ منهم العشر باعوا أو لم يبيعوا، والقول بأنه لا يؤخذ منهم حتى يبيعوا كالذميين لأشهب.

فرعان:

الأول: إذا دخل أهل الحرب إلينا فباعوا واشتروا ثم مضوا إلى بلد آخر من بلاد المسلمين فباعوا واشتروا، فلا يؤخذ منهم تارة أخرى بخلاف أهل الذمة.

قال في «النكت» والفروق»[2] : إن أهل الحرب قد حصل لهم الأمان ما داموا في

---

(١) «النكت والفروق» (١/ ١٩١).

(٢) «النكت والفروق» (١/ ١٩١).

أرض المسلمين وجميع بلاد الإسلام كبلد واحد، وأما أهل الذمة فإنما يؤخذ منهم لانتفاعهم؛ إذ هم غير ممنوعين من بلادنا فكلما تكرر نفعهم تكرر الأخذ منهم.

الثاني: قال أصبغ: لا أرى أن يتركوا يدورون في سواحل الإسلام لبيع أو شراء إلا الموضع الذي نزلوه وإن لم يبيعوا؛ لأن ذلك عورة وتفتيش لموضع العورة، ولا ينبغي أن ينزلوا إلا في الموضع المجتمع الذي تؤمن عورتهم فيه، ولا يدورون أزقة موضع نزلوا فيه إلا الأسواق والطريق الواضحة لحوائجهم.

ولا يُمَكَّنُونَ مِنْ بَيْعِ خَمْرٍ لِمُسْلِمٍ، والْمَشْهُورُ: تَمْكِينُهُمْ لِغَيْرِه.

أي: لغير المسلم، وكذلك قال ابن بشير قال: ويمكن أن يخرج الخلاف على أنهم مخاطبون فلا نمكنهم أو لا فنمكنهم ، مالك في « المجموعة»: وإن خيف من خيانتهم في بيع الخمر ونحوه جعل عليهم أمين.

ابن نافع: وذلك إذا جلبوا لأهل الذمة لا إلى أمصار المسلمين التي لا ذمة فيها.

اللخمي: وقال ابن شعبان : لا يجوز الوفاء بذلك ولا النزول على مثل هذا ،وتهرق الخمر وتعرقب الخنازير، وإن نزلوا على ذلك وهم بحدثان نزولهم قيل لهم: إن شئتم فعلنا ذلك وإلا فارجعوا، وإن طال مكثهم فعل ذلك وإن كرهوا، انتهى.

والشاذ في كلام المصنف هو قول ابن شعبان، وعزاه في «الجواهر»[1] لابن حبيب.

ابن عبد السلام: وظاهر كلام المصنف أنهم يمكنون من القدوم بالخمر ابتداءً؛ لأن التمكين من البيع فرع عن التمكين من النزول ، وظاهر الروايات خلاف ذلك.

خليل: والظاهر هنا الشاذ، وهو الجاري على قاعدة المذهب من سد الذرائع ، وقد تحققت المفسدة في الإسكندرية أسأل الله أن يزيلها منها ومن كل موضع شاركها في هذا المعنى.

وَالْمستأْمَنُ بِمَالٍ يَمُوتُ إِنْ كَانَ عَلَى الإِقَامَةِ فَمَالُهُ فيءٌ ، إلا أَنْ يَكُونَ معَهُ وَرَثَتُه، وإِنْ كَانَ عَلَى التَّخْيِيرِ رُدَّ مَعَ دِيَتِه إِنْ قُتِلَ، وفي رَدِّه إِلَى وَرَثَتِه أَوْ إِلَى حُكَّامِهِمْ قَوْلانِ، وإِنْ كَانَ مُطْلَقًا ولا عَادَةَ فَفِي تعيين مَنْ يَلْحَقُ بِهِمْ قَوْلانِ.

---

(١) «الجواهر» (١/ ٤٩٩).

أطلق المصنف المستأمن على الحربي الآتي إلينا وإن أتى على الإقامة ، والغالب في اصطلاحهم إنما يطلقونه على من أتى طالبا الأمان لأمر ثم يذهب، وذكر أن للقادم أحوالاً ثلاثة :

الأولى: أن ينزل على الإقامة، وحكمهم فيها حكم سائر أهل الذمة، وإن كان معه ورثته ورثوه، وإلا فلبيت المال.

الثانية: أن يقدم لأمر ثم يعود، وهو مراده بقوله: (**عَلَى التَّخْيِيرِ**) وحكمه أنه لا حق للمسلمين في ماله إن مات، ولا في ديته إن قتل، بل يبعث بجميع ذلك إلى بلاده.

ابن المواز : وديته كدية الذمي، وقيل غير ذلك.

ومذهب «**المدونة**»: أنه يبعث إلى ورثته ، ففيها: وإذا مات عندنا حربي مستأمن وترك مالاً أو قتل فماله وديته يدفع إلى من يرثه ببلده ويعتق قاتله رقبة.

وقال غيره: يدفع ماله وديته إلى حاكمهم، والغير هو سحنون.

ونقل ابن أبي زيد كلام الغير : تدفع قيمة ديته إلى حاكمهم وماله إلى ورثته، والأكثرون ذهبوا إلى أن قول الغير مخالف لقول ابن القاسم، وذهب أبو عمران إلى أنه وفاق، وأن قول ابن القاسم محمول على ما إذا علمت بينة مسلمون ورثته وعددهم، وقول الغير محمول على عدم العلم.

وهذا الذي قاله أبو عمران إنما يتم على النقل الأول لا على نقل الشيخ أبي محمد فتأمله.

ابن حبيب : وإن ظهرنا على ورثته فماله فيء لذلك الجيش الذي ظهروا عليه.

الحالة الثالثة: أن يقدم من غير تنصيص على إقامة ولا رجوع، وإليه أشار بقوله: (**وإِنْ كَانَ مُطْلَقًا وَلا عَادَةَ**) يعني: لا عادة لهم في المكث والرجوع ، وهو أشار إلى ما نص عليه سحنون: إن أكثر المستأمنين بذلك البلد إنما هو على المقام، فميراثه للمسلمين ولم يكن لهذا أن يرجع، وإن كان شأنهم الرجوع فله الرجوع، وميراثه إن مات يرد لورثته، إلا أن تطول إقامته عندنا فليس له أن يرجع ولا يرد ميراثه، وإذا لم يعرف حالهم ولا ذكروا رجوعًا فميراثه للمسلمين ، والقول الآخر ذكره جماعة ولم ينسبوه.

ولَوْ تَرَكَ الْمُسْتَأْمَنُ ودِيعَةً فَهِيَ لَهُ.

يعني: وذهب إلى بلده ، فإنها له وترد له أو لورثته؛ لقوله تعالى: ﴿ **إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا** ﴾ [النساء:٥٨] .

فَإِنْ قُتِلَ أَوْ أُسِرَ، فَثَالِثُهَا: إِنْ قُتِلَ كَانَتْ فَيْئًا ، ورَابِعُهَا : عَكْسُهُ.

يعني: فإن حارب المسلمين فقتل أو أسر والوديعة عندنا، فأربعة قوال، وقد حكاها ابن بشير.

الأول: أنها في الوجهين كما لو كانت معه؛ ولأن ماله لا تزيد حرمته على حرمته هو.

الثاني: أنها ترد إلى ورثته وتبقى له إن أسر وفاء بالعهد.

الثالث: إن قتل فهي فيء، وإن أسر فهي له.

والرابع: أنها تبع لرقبته ، فإن أسر كانت فيئًا ، وإن قتل ردت إلى ورثته.

وقول ابن عبد السلام ، والقول الثاني: ترد إلى ورثته في الوجهين ليس بظاهر؛ إذ لا يمكن أن يقال: يردها إلى ورثته مع بقائه، ووجود الأقوال هكذا منسوبة لقائلها عزيز.

وفي ابن يونس [(١)] قولان؛ الأول: لابن القاسم، وأصبغ في «الموازية» : أنها ترد لورثته إن مات أو قتل في المعركة ، وإن أسر ثم قتل فهي فيء لمن أسره وقتله؛ لأنهم ملكوا رقبته قبل قتله.

والثاني: لابن حبيب : إن أسر ثم قتل فهي لمن أسره وقتله ، وأما إن قتل في المعركة فهي فيء لا خمس فيها؛ لأنها لم يوجف عليها ، وقاله ابن الماجشون ، وابن القاسم، وأصبغ.

الأَمْوَالُ : غَنِيمَةٌ، وَفَيْءٌ . فَالْغَنِيمَةُ: مَا قُوتِلُوا عَلَيْهِ. وَالْفَيْءُ: مَا لَمْ يُوجَفْ عَلَيْهِ.

يعني: أن أموال الكفار المأخوذة منهم قسمان: غنيمة، وفيء . فالغنيمة: ما قوتلوا عليه؛ أي: أخذ بسبب قتال، وليس مراده بأنهم قوتلوا لأجل المال؛ لأن ذلك يمنع من الشهادة في سبيل الله فكيف تفسر به الغنيمة.

والفيء: ما أخذ بغير قتال، وإليه أشار بقوله: (**مَا لَمْ يُوجَفْ عَلَيْهِ**)، ولعله إنما عدل عن حقيقة المقاتلة بأن يقول : والفيء ما لم يقاتلوا عليه تبركًا بالآية، وهي قوله تعالى:

---
(١) «الجامع» (٣ / ١٣٠).

﴿ وَمَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْهُمْ فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ ﴾ [الحشر: ٦] يقال: وجف الشيء إذا اضطرب.

وَتُخَمَّسُ الْغَنِيمَةُ، وَخُمُسُها كَالْفَيْءِ، والْجِزْيَةِ، وَالْخَرَاجِ.

تخمس الغنيمة؛ لقوله تعالى: ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ إِن كُنتُمْ آمَنتُم بِاللَّهِ ﴾ [الأنفال: ٤١].

وقوله: (كَالْفَيْءِ، وَالْجِزْيَةِ، والْخَراجِ) تشبيه ليفيد الحكم في الجميع، وقوله: (والخراج) أي: خراج الأرض سواء افتتحت عنوة أو صلحًا.

ولا يُخَمَّسُ لُزُومًا، بَلْ يُصْرَفُ مِنْهُ لآلِهِ ﷺ بالاجْتِهادِ وَمَصَالِحِ الْمُسْلمينَ...

هذا ابتداء مسألة؛ يعني: أن الخمس، والفيء، والجزية، والخراج لا يلزم فيها التخميس، بل الأمر في ذلك إلى نظر الإمام، فإن شاء وقفه لنوائب المسلمين أو قسمه، ولابن عبد الحكم: لا يوقف.

وإذا قسمه فإن شاء دفعه كله لآله ﷺ أو لغيرهم، أو جعل بعض ذلك فيهم وبعضه في غيرهم بالاجتهاد كما قال المصنف، ونبه بقوله: (ولا يُخَمَّسُ لُزُومًا) على مذهب الشافعي في قوله: إنه يلزم أن يقسم خمس الغنيمة على خمسة أجزاء، وذلك مبني على اختلافهم في قوله تعالى: ﴿ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ﴾ كما اختلفوا في آية الزكاة.

وفِيهَا: يُبْدأُ بِالذِينَ فيهِمُ الْمَالُ، فَإِنْ كَانَ غَيْرُهُمْ أَشَدُّ حَاجَةً نُقِلَ إِلَيْهِمْ أَكْثَرُهُ.

كالزكاة وتصوره ظاهر.

وَأَرْبَعَةُ أَخمَاسِهَا لِلْمُقَاتلينَ.

لأنه لما قال الله تعالى: ﴿ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ﴾ علمنا أن أربعة أخماسها للمقاتلين، ولا خلاف في ذلك.

ويُنَفِّلُ الإمَامُ مِنَ الْخُمُسِ خَاصَّةً مَنْ يَرَاهُ مَا يَرَاهُ مِنْ سَلَبٍ وَغَيْرِه.

النفل لغة: الزيادة، وفي الشرع: زيادة من الغنيمة.

وقوله: (مِنَ الْخُمُسِ خَاصَّةً) أي: ليس هو أصل الغنيمة، ففي «الموطأ» [١] عن ابن

---

(١) أخرجه مالك (٩٧٠)، والبخاري (٢٩٦٥)، ومسلم (١٧٣٩).

عمر قال: بعث رسول الله ﷺ سرية قبل نجد فغنموا إبلاً كثيرة ، فبلغت سهامهم اثنى عشر بعيراً، أو أحد عشر بعيراً، ونُفِّلوا بعيراً بعيراً.

زاد في غير «الموطأ» : من الخمس.

وقوله: (مَنْ يَراهُ) أي: يراه أهلية لذلك لشجاعته.

وقوله: (مَا يَرَاهُ مِنْ سَلَبٍ وَغَيْرِهِ) إشارة إلى أن السلب من النفل وهو كذلك.

وَيَجُوزُ أَنْ يَنُصَّ الإمَامُ بَعْدَ الْقِتَالِ عَلَى أَنَّ سَلَبَ الْمَقْتُولِ وَنَحْوِهِ لِلْقَاتِلِ فَلَوْ نَصَّ قَبْلَهُ لَمْ يَجُزْ ، وكَذَلِكَ مِنْ تَقَدَّمَ فَلَهُ كَذَا وَنَحْوُهُ...

لأنه بعد القتال من النفل وهو جائز، وأما قبله ففيه إفساد لنية المجاهدين ؛ ولأنه قد يلقى بعض المجاهدين بنفسه للهلاك لأجل السلب.

وفِي إمْضَائِهِ قَوْلانِ.

أي: إذا بنينا على عدم جوازه قبل الفتح، فقال مالك : فهل يمضي؟ قال سحنون : يمضي؛ لأنه حكم بما اختلف فيه أهل العلم.

ابن عبد السلام: وهو الصحيح ، والقائل بعدم تنفيذه هو ابن حبيب في ظاهر كلامه، إلا أنه لا يبطله مطلقًا كما هو ظاهر كلام المصنف، بل قال: يعرف قيمة ما سمى الإمام فيعطي ذلك من الخمس ، وإنما أبطل إعطاءه من أصل الغنيمة.

سحنون: وإذا قال الإمام: من قتل قتيلا فله سلبه بلفظ عام ثبت هذا الحكم له ولجميع المسلمين، وإن خص نفسه فقال: إن قتلت قتيلاً فلي سلبه، لم يكن له شيء؛ لأنه حابى نفسه بقوله ولم يعدل فلم يجز حكمه، ولو قال: من قتل منكم قتيلاً فله سلبه، فقد نفذ ذلك للناس دونه؛ لأنه أخرج نفسه بقوله: منكم، وإن قال بعد أن خص نفسه: من قتل قتيلاً، مجملاً فإنما له في المستقبل ، ولو قال: من قتل منكم قتيلاً فله سلبه، فمن قتل منهم اثنين أو ثلاثة فله سلبهم.

ولو قال لرجل: إن قتلت قتيلاً فلك سلبه، فقتل اثنين أحدهما بعد الآخر، فغيرنا يجيزه ويعطيه سلب الأول خاصة، ونحن نكرهه، فإن نزل على وجه الاجتهاد مضى وله

سلب الأول خاصة، فإن جهل ، فقيل: له نصفهما، وقيل: أقلهما.

ابن المواز: وإن قتل قتيلين معًا، فقيل: له نصف سلبهما قسمة للمشكوك فيه على التداعي، وقيل: أكثرهما؛ لأنهما لما قتلا معًا صارا كالقتيل الواحد فيستحق سلبه فلهذا أعطي الأكثر.

وإذا قال الأمير : من قتل قتيلاً فله سلبه، فليس له سلب من قتل ممن لا يجوز له قتله من امرأة، أو صبي، أو زمن، أو راهب إلا أن يقاتل هؤلاء فله سلبهم لإجازة قتلهم، فإن قال: من قتل قتيلاً فله سلبه، ولم يقيد؛ فقتله ذمي أو امرأة فالمنصوص لا شيء لهما.

خليل: وقد يتخرج على قول من يرى الإسهام للمرأة إذا قاتلت أن يكون لها هنا السلب، إلا أن هذا يحتاج إلى أن يكون القائل بالإسـهام لها يرى أن قول الإمام هنا ماض.

الباجي(١) ، والمازري ، وابن يونس(٢): وعلى قول أشهب أنه يرضخ للذمي، فيكون السلب له من الخمس. وإن قال: من قتل كافرًا من المسلمين فقتله ذمي فلا شيء له بالإجماع للشرط، وإن قال: من قتل قتيلاً فسمع بعض الناس دون بعض ، فالسلب لمن قتل وإن لم يسمع.

وإن قال الأمير: من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه، لم يستحقه القاتل إلا بها، فإن جاء بشاهدين أخذه، وإن جاء بشاهد واحد.

ابن عبد السلام: فله أخذه بغير يمين.

وقال الشافعي : يحلف ، وإن لم يشترط البينة فجاء برأس القتيل فاختلف في أخذ سلبه، وإن جاء بالسلب لم يأخذه إلا بالبينة.

وفيها: قَالَ مَالكٌ: لَمْ يَبْلُغْنِي أنَّ ذَلِكَ كَانَ إلا يَوْمَ حُنَيْنٍ، وإِنَّمَا نَفَّلَ النَّبيُّ ﷺ مِنَ الْخُمُسِ بَعْدَ أنْ بَرَدَ الْقِتَالُ.

هذا هو الصحيح.

---

(١) «المنتقى» (٤/ ٤٤٨).

(٢) «الجامع» (٣ / ١٦٥).

عياض: وعند بعضهم خيبر وهو وهم، وهذا احتجاج من مالك على أنه ليس السلب للقاتل مطلقًا، وإلا لتكرر منه ﷺ في غزواته وعمل به الخلفاء بعده.

قال في «الاستذكار» (١) : وأما قوله: (لَمْ يَبْلُغْنِي) فقد بلغ غيره وذكر أحاديث وردت بذلك.

خليل: والظاهر أنه ليس في تلك الأحاديث حجة على المالكية؛ لأنها إنما تدل على أن السلب موكول للإمام وهم يقولون بموجبه، وفي قول مالك ـ رضي الله عنه ـ : وإنما نفل النبي ﷺ من الخمس ، جواب عنها ـ والله أعلم ـ على أنه يمكن أن يقال: إن قوله ﷺ: «**من قتل قتيلاً فله سلبه**»(٢) من باب الحكم منه ﷺ فلا يتعدى لغير من حكم له ، وإنما يتعدى لو كان من باب الفتوى ،والله أعلم.

والْمَشْهُور: أَنَّهُ لا يَكُونُ فِيهَا ما لَيْسَ بِمُعْتَادٍ مِنْ سِوَارٍ، وتاجٍ ، وَطَوْقٍ ، وصَلِيبٍ، وكذَلِكَ العَيْنُ عَلَى الْمَشْهُورِ...

ما ذكره أنه المشهور ذكره سحنون عن الأصحاب، فقال أصحابنا: لا نفل في العين، وإنما هو الفرس وسرجه ولجامه، وخاتمه، ودرعه، وبيضته، ومنطقته، بما في ذلك من حلية ساعديه وساقيه ورأسه والسلاح ونحوه وحلية السيف تبع للسيف، ولا شيء له في الطوق والسوارين والعين كلِّه ولا في الصليب.

وقال ابن حبيب: يدخل في السلب كل ثوب عليه، وسلاحه، ومنطقته التي فيها نفقته، وسواره، وفرسه الذي هو عليه أو كان يمسكه لوجه القتال عليه، فأما إن كان يجنبه أو كان منفلتًا فليس من السلب.

الباجي(٣) : فتحقيق مذهب سحنون: أن ما كان معه من لباسه المعتاد وما يستعان به على الحرب من فرس أو سلاح فهو من السلب ، ومذهب ابن حبيب: أن ما كان عليه من اللباس والحلي والنفقة المعتادة وما يستعان به على الحرب فهو من السلب.

ففهم الباجي القولين على نحو ما ذكرهما المؤلف، ورأى اللخمي القولين إنما هما في

---

(١) «الاستذكار» (٥/ ٦٢).

(٢) أخرجه البخاري (٢٩٧٣)، ومسلم (١٧٥١)، من حديث أبي قتادة ـ رضي الله عنه.

(٣) «المنتقى» (٤/ ٤٤٩).

السِّوَارَيْنِ ، قال: وخرج من الخلاف فيهما اختلاف فيما يشبههما مما يراد به الزينة كالطوق وشبهه.

ويُخَمَّسُ الْجميعُ دُون الأرْضِ فَإِنَّهَا فيْءٌ عَلَى الْمشْهُورِ كَالْجزْية، وقِيلَ: يَقْسِمُهَا إِنْ رأَى كَخَيْبَر، وفِيهَا: أنَّ عُمَرَ أقرَّها ولَمْ يَقْسِمْهَا ، وفِيهَا: قالَ الأوْزاعِيُّ: وقَف عُمَرُ والصَّحَابَةُ ـ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالى عَنهمُ ـ الْفَيْءَ وَخَرَاجَ الأرَضِينَ ، فَفُرِضَ مِنْهَا لِلْمُقَاتلَة، وَالعِيَالِ، والذُّرِّيَّةِ فَصَارَ ذَلكَ سُنَّةً لِمَنْ بَعْدَهُ.

اللخمي: الأرض ثلاثة أقسام؛ فما كان بعيدًا عن المسلمين ولا يستطاع سكناه للخوف من العدو هُدم وحُرق، وما كان يقدر المسلمون على عمارته إلا أنهم لا يسكنونه إلا أن يملكوه، فإن الإمام يقطعه لهم ويخرجه من رأس الغنيمة وليس للجيش فيه مقال، ويقطعه لمن فيه نجدة فيكون في نحر العدو عونًا للمسلمين ، واختلف فيما كان قريبًا أو مرغوبًا فيه، فقال مالك مرة: لا حق للجيش فيه ولا يقسم ويوقف خراجها للمسلمين، وقال مرة: تجوز قسمتها أو وقفها، قال: ولا أعلم خلافًا أن قسمها يمضي إن قسمت ولا ينقض ، انتهى بمعناه، وهذا القسم الثالث هو الذي ذكره المصنف.

قوله: (كَخَيْبَر) حجة للشاذ، وما حكاه عن عمر حجة للمشهور، واستحسن اللخمي وغيره الشاذ ؛ لأنه ﷺ قسم أرض بني قريظة ، وخيبر، وفدَك، وقال عمر ـ رضي الله عنه ـ: لولا من يأتي من المسلمين لم أدع قرية افتتحت عنوة إلا قسمتها كما قسم رسول الله ﷺ ،فسلَّم عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه ﷺ قسم العنوة، وأن ذلك لم ينسخ، وأخبر أن القسم باجتهاد منه.

قال في «البيان»[1]: وقيل: إن عمر ـ رضي الله عنه ـ إنما فعل ذلك بعد تطييب نفوس الغانمين، ومن سمحت نفسه بالخروج عن نصيبه بغير عوض قبل منه، ومن لم يسمح أعطاه العوض، فإن قلت: قول المصنف: (**وقيلَ : يَقْسِمُهَا إِنْ رأَى**) هل هو مقابل المشهور أو مقابل المشهور تحتم القسم ؟ فالجواب: الأمر محتمل ، وقد حكى ابن شاس القولين.

وَشَرْطُ الْمُسْتَحِقِّ: أَنْ يَكُونَ ذَكرًا، حُرا، بَالِغًا، عَاقِلاً، مُسْلِمًا، صَحِيحًا، حَاضِرَ الْوَقِيعَة،

---

(١) «البيان والتحصيل» (٣/ ٥).

قَاتَلَ أَوْ لَمْ يُقَاتِلْ...

يعني: من اجتمعت فيه هذه الشروط أسهم له اتفاقًا وهي ستة، ثم أخذ يتكلم على ما إذا فقد بعضها.

والذِّمِّيُّ كَالْعَبْدِ، وثَالِثُها: يُسْهَمُ لَهُ إِنِ احْتِيجَ إِلَيْهِ.

ولا خلاف أنه لا يسهم لعبد ولا ذمي إن لم يقاتلا، وأما إن قاتلا فالمشهور: لا يسهم لهما؛ لأن المتبادر من قوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ ...﴾ الآية، إنما هو من خوطب بالجهاد.

وقال ابن حبيب: إذا نفر أهل الذمة مع طوائفنا فما صار لهم ترك ولم يخمس.

اللخمي: فجعل لهم نصيبًا مع الجيش، وهذا هو القول الثاني الذي ذكره المصنف في الذمي.

المازري: وأشار بعض الأشياخ إلى حمل كلام ابن حبيب على أن الإمام أذن لهم في القتال.

وقال سحنون: إذا قاتل أهل الذمة ولولاهم لم يقدر المسلمون على تلك الغنيمة أسهم لهم، ولو كان المسلمون إذا انفردوا قدروا عليها لم يسهم لهم، وإلى هذا أشار بقوله: (**إِنِ احْتِيجَ**).

وكلام المصنف يقتضي أن الثلاثة الأقوال منصوصة في العبد والذمي، والمنصوص في العبد إنما هو عدم الإسهام، والقولان الآخران مخرجان على قول ابن حبيب وسحنون، هكذا ذكر المازري وغيره.

والْمُطبقُ بَعْدَ الْخُرُوجِ كَالْمَرِيضِ.

هذا راجع إلى قوله: (**عاقلاً**) وما ذكره المصنف نحوه لابن بشير، قال: وإن كان معه من العقل ما يمكنه به القتال أسهم له.

والذي قاله المازري: أن المطبق كالعدم فهو كالميت، والفرق بينه وبين المريض: أن المريض تحصل منه منفعة الرأي والتدبير، وكذلك قال الباجي[1] : إن المطبق لا يسهم له.

وَفِى الصَّغِيرِ الْمُطِيقِ لِلْقِتَالِ، ثَالِثُهَا: يُسْهَمُ لَهُ إِنْ قَاتَلَ.

---

(١) «المنتقى» (٣ / ١٩٦).

هذا راجع إلى قوله: (**بالغًا**) واحترز بالمطيق ممن لا يطيقه فإنه لا يسهم له اتفاقًا، والمشهور أنه لا يسهم لغير بالغ، والقول بأنه يسهم للمطيق إذا حضر القتال سواء قاتل أم لا نقله ابن بشير ولم يعزه ، وهو رأى اللخمي ، والثالث: يسهم للمطيق بشرط أن يقاتل لمالك في «الموازية».

ابن المواز: وإن حضر القتال ولم يقاتل فلا يسهم له.

ونقل اللخمي عن ابن المواز: أن يسهم لمن راهق وبلغ مبلغ القتال إذا حضر القتال، قال: وقال محمد: لا يسهم له حتى يقاتل، وذهب ابن وهب إلى اعتبار السن فأسهم له إذا بلغ خمس عشرة سنة، وبه قال أبو حنيفة والشافعي تعلقًا منهم بإجازة النبي ﷺ ابن خمس عشرة سنة، وللأئمة في فهم هذا الحديث طريقان:

إحداهما: أن هذه السن علامة على البلوغ.

والثانية: أنه أجيز لقدرته على القتال فصادفت إطاقته للقتال هذه السن ولم تعتبر السن بمجردها.

تنبيه:

ما ذكرناه أن المشهور عدم الإسهام للصبي نص عليه ابن عبد السلام، وهو ظاهر «المدونة»، وعلى ذلك حملها اللخمي وغيره؛ لإطلاقه فيها عدم الإسهام له.

وقال الباجي[١] : لم يعتبر مالك البلوغ في الإسهام.

وفي «الرسالة»[٢]: ولا الصبي إلا أن يطيق الصبي الذي لم يحتلم القتال ويجيزه الإمام ويقاتل فيسهم له.

ابن الفاكهاني: والظاهر من المذهب إذا بلغ مبلغ القتال وحضره أسهم له.

فرع:

نص في «المدونة» بعد أن ذكر أنه لا يسهم لصبي ولا امرأة ولا عبد: أنه لا يرضخ لهم، ونقل ابن حبيب : أنه يرضخ لهم.

---

(١) «المنتقى» (٤/ ٤٤٨).

(٢) «الرسالة» (ص / ٨٥).

وفِي الْمَرْأَةِ إِنْ قَاتَلَتْ قَوْلانِ.

المشهور: أنه لا يسهم لها، ونقل الباجي[١]، واللخمي، والمازري، وابن راشد عن ابن حبيب[٢]: إن قاتلت كقتال الرجال أسهم لها.

وانظر هل يتخرج الثالث الذي تقدم في العبد هنا، وقوله: (إِنْ قَاتَلَتْ) يريد: وإن لم تقاتل فلا يسهم لها بالاتفاق.

والْمَرِيضُ بَعْدَ الإِشْرَافِ عَلَى الْغَنِيمَةِ يُسْهَمُ لَهُ اتِّفَاقًا، وَكَذَلِكَ لَوْ شَهِدَ الْقِتَالَ مَرِيضًا، وكَذَلِكَ فَرَسُهُ الرَّهِيصُ عَلَى الْمَنْصُوصِ، وإِلا فَقَوْلانِ...

هذا راجع إلى قوله: (صحيحًا) يعني: أن من خرج صحيحًا ولم يزل كذلك حتى قاتل أكثر القتال ، فإن مرضه لا يمنعه من الإسهام اتفاقًا، وكذلك يسهم لمن ابتدأ القتال وهو مريض ولم يزل كذلك إلى أن انهزم العدو.

ومقتضى كلامه: أن هذه الصورة متفق عليها كالأولى، وحكى اللخمي، وابن بشير فيها قولاً بعدم الإسهام وعزاه اللخمي لمالك من رواية أشهب وابن نافع.

اللخمي: وعليه لا يسهم للفرس الرهيص وهو أحسن، وإذا لم يسهم للبراذين لضعف منفعتها عن الخيل فالرهيص أولى، وهذا مقابل المنصوص.

فإن قلت: لم لا يجعل قوله: (عَلَى الْمَنْصُوصِ) راجعًا للفرس والفارس؟

قيل: لو أراد ذلك لقال: على المنصوص فيهما كعادته، وأيضًا إعادته (كذلك) تقتضي فصلها عما قبلها كعادته.

والرهصة: مرض في باطن حافر الدابة من حجر تطؤه من الوقرة.

الكسائي: يقال: رهِصَت الدابة بالكسر رهصًا وأرهصها الله سبحانه فهي مرهوصة.

ويدخل في قوله: (وإِلا فَقَوْلانِ) أربع صور:

الأولى: يخرج من بلد الإسلام مريضًا ولا يزال كذلك حتى ينقضي القتال، وحكى الخلاف فيها اللخمي، قال: وأرى أن لا شيء له إلا أن يكون له رأي؛ ورب رأي أنفع من قتال.

---

(١) «المنتقى» (٣ / ١٧٩). (٢) «النوادر والزيادات» (٣ / ١٨٢).

الثانية: يخرج صحيحًا ثم يمرض قبل الدخول في بلاد الحرب.

الثالثة: كذلك، ويمرض بعد دخولها.

الرابعة: يخرج صحيحًا ويشهد القتال كذلك ثم يمرض قبل الإشراف على الغنيمة.

وحكى ابن بشير الخلاف في الجميع؛ لأنه حكى في المريض أربعة أقوال:

أحدها: عدم الالتفات إلى المرض ووجوب السهم ولو خرج من بلاد الإسلام مريضًا.

والثاني: أنه لا يسهم له إلا بعد شهود القتال والإشراف على الغنيمة.

والثالث: إن مرض وقد ابتدأ القتال وإن لم يشرفوا على الغنيمة أسهم له، وإلا فلا.

والرابع: إن كان المرض قبل الحصول في حد أهل الحرب لم يسهم له، وإن كان بعد الحصول أسهم له.

قال: وإن فصلت قلت: أما إن أشرفوا على الغنيمة ثم مرض أسهم له اتفاقًا، وإن لم يشرفوا ففي كل صورة قولان، أما إن خرج مريضًا ثم صح قبل دخول بلاد الحرب، أو بعد دخولها وقبل القتال، أو بعد ذلك وقبل الإشراف فإنه يسهم له، ولا تدخل هذه الصورة في كلامه؛ لأن كلامه في حصول المانع لا في زواله.

والأَعْمَى وَالأَعْرَجُ إِنْ كَانَتْ بِهِمْ مَنْفَعَةٌ فِى الْحَرْبِ أَوْ سَبَبِهِ فَكالصَّحِيحِ، وإِلا فَكَالْمَرِيضِ...

قال: (**بِهِمْ**) لأن مراده جنس الأعمى والأعرج، كقوله تعالى: ﴿ **وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا** ﴾ [الحجرات: ٩] وكقوله: ﴿ **هَذَانِ خَصْمَانِ اخْتَصَمُوا** ﴾ [الحج: ١٩].

وقوله: (**أَوْ سَبَبِه**) كَبَرْيِ النبل وحبك الأحبل للطوارئ والتدبير.

وقوله: (**كَالصَّحِيحِ**) يقتضي أنه يسهم له بالاتفاق، وأن الخلاف إنما هو إذا لم تحصل به منفعة، وكلام غيره على العكس، وأن الخلاف فيما إذا كانت بهم منفعة في الحرب.

سحنون: ويسهم للأعمى، والمقعد، والأقطع، والمجذوم؛ لأن الأعمى يبري النبل ويكثر الجيش ويدبر، وقد يقاتل المقعد والمجذوم فارسًا، وظاهر «العتبية»: أنه لا يسهم للأعمى وبه قال اللخمي وابن يونس[1]؛ لأنهما قالا: الصواب في الأعمى لا شيء له، وإن كان يبري النبل دخل بذلك في جملة الخدمة الذين لا يقاتلون، قال: وكذلك أقطع

---

(١) «الجامع» (٣/ ١٦١).

اليدين لا شيء له، وإن كان أقطع اليسرى أسهم له، ويسهم للأعرج إن حضر القتال، وإن كان ممن لا يجسر على القتال بوجه لم يسهم له إلا أن يقاتل فارسًا، ولا شيء للمقعد إذا كان راجلاً ، وإن كان فارسًا يقدر على الكرِّ والفرِّ أسهم له.

ابن رشد: ويسهم لأقطع الرجلين.

ونص ابن بزيزة على أن المشهور عدم الإسهام للأعمى، والمقعد، والأقطع، والأشل، والأعرج.

ابن عبد السلام: فأنت ترى كلام هؤلاء فيمن له منفعة، وظاهر كلامهم أن من لا منفعة فيه فهو أشد من المريض؛ للزوم المانع في حقهم وعرضيته في حق المريض وعدم انضباطه.

والضَّالُّ عَنِ الْجَيْشِ فِي بلادِ الْمُسْلِمِينَ لا يُسْهَمُ لَهُ عَلَى الْمَشْهُورِ، وفِي بِلادِ الْعَدُوِّ يُسْهَمُ لَهُ عَلَى الْمَشْهُورِ...

حاصله ثلاثة أقوال:

الأول: يسهم له مطلقًا، رواه أصبغ عن ابن القاسم.

والثاني: لا يسهم له مطلقًا، وهي رواية ابن نافع عن مالك.

والتفصيل لابن شاس[1] وغيره وهو المشهور؛ لأنه إذا ضل في بلاد العدو وحصلت به المنفعة، وتكثير سواد المسلمين في بلاد العدو.

ونص في «المدونة» على الإسهام للضال في بلاد العدو ، مفهومها عدم الإسهام للضال ببلاد المسلمين، لكن قال أبو الحسن: يحتمل أن تكون رواية أصبغ تفسيرًا.

وَكَذَلِكَ لَوْ رَدَّتِ الرِّيحِ بَعْضَهُمْ مَغْلُوبِينَ.

ظاهره : أنه يفصل في ذلك بين أن ترده الريح في بلاد الإسلام أو في بلد العدو، وقد شبَّهَ في «المدونة» من ردته الريح بالضال.

ابن عبد السلام: وظاهر «المدونة» أنه يسهم لمن ردته الريح من غير تفصيل.

وقد ذكرنا أنه لم ينص فيها إلا على من ضل في أرض العدو، وكذلك لم ينص إلا

(١) «الجواهر» (١/ ٥٠٣).

على من ردته الريح من أرض العدو، وقد ذكرنا أن أبا الحسن قال: يحتمل أن يقال بالإسهام للضال مطلقًا وهو هنا أوضح ؛ لأن الغلبة تتحقق في الرد بالريح بخلاف الضال، وقد فرقوا بين اصطدام الفارسين والسفينتين ، وروى ابن نافع عن مالك: أنه لا يسهم لمن ردته الريح من أرض العدو، وبه قال سحنون ، واستحسنه اللخمي .

فرع:

ابن المواز: وإن خرجت مراكب من مصر غزاة فاعتل منها مركب فتخلفوا لإصلاحه فخافوا لما بقوا وحدهم فرجعوا إلى الشام خوفًا فلا شيء لهم فيما غنم أصحابهم، وكذلك لو مرضوا فرجعوا، أو انكسر مركبهم فرجعوا إلى الشام خوفًا، فلا شيء لهم فيما غنم أصحابهم.

قلت: فإن أسهم لهم فأعطوهم؟ قال: فلا يرجع عليهم، وقد فات ذلك وأنفقوه.

قلت: فإن ولجوا بلاد العدو وجازوا قبرص ثم عرض لهم ما عرض فرجعوا إلى الشام خوفًا من العدو حتى رجع الجيش ، قال: هذا عذر إذ بان خوفهم، فهذا مشكل ويسهم لهم.

فرع:

نص أشهب في «الموازية» على أنه إذا ظفرنا بالعدو وفيهم مسلمون أسارى، أنه يسهم لهم وإن كانوا في الحديد؛ لأنهم إنما دخلوا أولاً للقتال وغلبوا عليه فكانوا كالضال.

وَمَنْ رَدَّهُ الإِمَامُ لِمَنْفَعَةِ الْجَيْشِ أُسْهِمَ لَهُ، وإِلاَ فَقَوْلاَنِ.

تبع المصنف في هذا ابن بشير، والذي ذكره اللخمي والمازري: أن الخلاف إنما هو فيمن تأخر عن القتال لمصلحة الحرب وذكر القولين لمالك، وأما إن تخلف لغير عذر أو لأمر لا يعود على الحرب فلا يسهم له، وتابع ابن بزيزة ابن بشير، وفيمن رده الإمام لحاجة قولان عندنا والأصل في ذلك: رده ﷺ عثمان لمرض ابنته التي كانت تحت عثمان، وهذا الخلاف إنما هو فيمن رد لحاجة المسلمين، وأما من رده الإمام لحاجة الجيش وحده، فلا خلاف أنه يسهم له، وحكى ابن شاس عن المذهب أنه لا يقسم له، وهو غير معروف. اهـ.

فرع:

إذا أقر الغازي بالرجوع وزعم أنه رجع مغلوبًا أو ضالاً، فإن ادعى ما له أمارة من ريح

ردت مركبًا كان فيها، أو خوفًا أو غرر طريق وظهرت أمارة صدقه قبل قوله وإلا فلا، ولو أنكر التخلف فهو مدع عليه الإقرار أنه من الجيش ، ولا يثبت تخلفه بقول أحد ممن يشاركه في الغنيمة؛ لأنه جَارٌّ لنفسه، وفي قبول قول الأمير في ذلك قولان بناء على أنه حكم بعلمه فيما تدعو الضرورة إليه فيجوز وإليه ذهب سحنون، كالعدالة أو جَارٌّ لنفسه فلا يجوز وإليه ذهب ابن القاسم، وانظر قولهم هنا لا يقبل قول أحد ممن شاركه من الجيش، مع أن المشهور أن من سرق من الجيش من الغنيمة يقطع، والمتبادر إلى الذهن عكسه.

والتَّاجِرُ والأَجِيرُ بِنِيَّةِ الغَزْوِ أَصْلاً يُسْهَمُ لَهُمَا وإلا فَلا، إلا أَنْ يُقَاتِلا.

يحتمل أن يريد بالأصل أنها هي الأصل وتكون التجارة أو الإجارة تابعة لها، ويحتمل أن يريد ألا تكون تبعًا فيشمل صورتين إذا كانت نية الغزو هي المقصودة، وإذا كانت هي والتجارة مقصودتين، وهذا الاحتمال هو الذي تصح عليه المسألة فيجب أن يعول عليه؛ لأنه الذي نص عليه ابن القصار، وذكر المازري أنه لا يعلم فيه خلافًا أن الأجير المملوك المنافع إذا خرج لهما يسهم له قاتل أو لم يقاتل، وإن خرج بنية التجارة فقط لم يسهم له إلا أن يقاتل، وعلى هذا اقتصر المصنف بقوله: (**وإلا فَلا، إلا أَنْ يُقَاتِلا**) ونص ابن القصار على أن هذا التفصيل إنما هو في الأجير المستحق المنافع، قال: وإن كان أجيرًا على شيء بعينه كخياطة ثوب أسهم له، حضر القتال أو لم يحضر، وحكى جماعة في الأجير ثلاثة أقوال:

الأول: في «الموازية»: يسهم له إذا شهد القتال.

الثاني: وهو المشهور ومذهب «المدونة»: أنه يسهم له بشرط أن يقاتل.

قال في «المدونة»: وكذلك التاجر.

الثالث: لمالك في «العتبية»[1]: لا يسهم له وإن قاتل؛ لأن خروجه لم يكن للجهاد.

سحنون مُفرعًا على الإسهام: وإذا أعطي سهمه بطل من أجره بقدر ما اشتغل عن الخدمة.

بعض القرويين: وليس لمن استأجره أن يأخذ منه السُّهمان عوضًا عما عطل من الخدمة، بخلاف أن يؤاجر نفسه في خدمة أخرى؛ لأن ذلك قريب بعضه من بعض، والسُّهمان ربما كثرت فكانت أكثر مما استأجره مرارًا.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٣/ ٥٤).

ابن يونس[١] : ولأن القتال لا يشابه الخدمة؛ لأن فيه ذهاب النفس.

ابن عبد السلام: قال بعض الشيوخ: إن الأجير إما أن يكون على منفعة عامة للجيش أو خاصـة في معنى، ولكنه لا يختـص ببعـضهم، أو خـاصة ببعـضهم، فـالأول: كرفع الصواري، وإمساك الأحبل في البحر، وتسوية الطرق في البر.

واختلف في الإسـهام لهم على قـولين: والثاني كالخـياطة لهم، أو عـمل آلة تختص ببعضهم، وهؤلاء اختلف فيهم على قولين؛ إذا شهدوا القتال ، وإن لم يقاتلوا.

والثالث: كأجير الخدمة لرجل مخصوص، فهذا فيه ثلاثة أقوال ولعلها التي تقدمت.

وَالْمُسْتَنَدُ إِلَى الْجَيْشِ مِنْ مُفرد أَوْ سَرِيَّةٍ كَالْجَيْشِ، وإلا فَلَهُمْ كَالْمُتَلَصِّصِينَ فَيُخَمَّسُ الْمُسْلِمُ دُونَ الذِّمِّيِّ، وفِي الْعَبْدِ قَوْلانِ...

يعني: إذا خرجت سرية من الجيش أو واحد منهم وغنمت كالجيش، فما غنمه الجيش دخلت فيه السرية، وما غنمـته السرية قسم عليها وعلى الجيش جميـعه، لأنها بقوة الجيش غنمت.

قال في «التلقين»[٢]: وسواء خرجت بإذن الإمام أو بغير إذنه، فإن خرجت ابتداء من البلد فالغنيمة لها خاصـة، وأشار المصنف إلى الخارجة من البلد بقوة: (**وإلا فَلهُـمْ**) أي: وإن لم يكن جيش يستند إليـه بل خرج رجل أو جماعة متلصصـون فحكمهم حكم الجيش المنفرد ،فإن كانوا مسلمين خمس وكان له أربعـة أخماسه، وإن كانوا أهل ذمة ترك لهم ما غنموه ولم يخمس، وفي تخميس ما غنمه العبيد قولان.

قال ابن الـقاسم: يخمس، وقال سحنون: لا يخـمس، واختلف في الذمي والعبد إذا وجد ركازًا، فقيل: يخمس، وقيل: لا يخمس.

اللخـمي: واختلف فيما غنمه النساء والصـبيان إذا انفردوا بالغنيمة هل يخمس أم لا، وكأنه أشار إلى تخريجه على ما انفرد العبيد به، ولم يذكر التونسي تخريجًا ولا أشار إليه، بل تردد ـ رحمـه الله ـ في ذلك، قال: ولا نعلم نص خـلاف أنه يخمس مـا أصابوه من ركاز.

---

(١) «الجامع» (٣/ ١٥٩ ـ ١٦٠). (٢) «التلقين» (١/ ٢٤٢).

وَمَنْ مَاتَ قَبْلَ قَسْمِهَا فَسَهْمُهُ لِوَرَثَتِه، أَمَّا لَوْ مَاتَ قَبْلَ اللِّقَاءِ فَلا يُسْهَمُ، لَهُ وَلَوْ مَاتَ بَعْدَ اللِّقَاءِ وَقَبْلَ الْقِتالِ فَقَوْلانِ، وكَذَلِكَ مَوْتُ فَرَسِه...

حاصله: أن المسألة تنقسم إلى ثلاثة أقوال:

الأول: أن يموت بعد الفتح وقبل قسمة الغنيمة، والحكم أنه يسهم له.

ابن عبد السلام: ولا أعلم في هذا خلافًا.

فإن قيل: يرد هذا ما نقلوه من أنه اختلف على قولين هل تملك الغنيمة بنفس أخذها أو بالقسمة على الغانمين؟

فجوابه: إن هذا الخلاف ليس بعام، وإنما مرادهم به إدخال من لحق الجيش قبل القسمة، أو أسلم، أو أعتق، أو بلغ، أو ما أشبه وبذلك فسروه.

والقسم الثاني: أن يموت قبل اللقاء، ولا إشكال في عدم الإسهام له إن مات قبل وصول بلاد الكفر، وكذلك إن مات ببلاد الكفر على المشهور.

ونقل في «البيان»[1] عن ابن الماجشون: أنه يستحق الإسهام بالإدراب ببلادهم إلى حين قفول العسكر.

الثالث: أن يموت بعد اللقاء وقبل القتال، وفيه قولان كما ذكر، والقول بعدم الإسهام لمالك في «الموازية» وبه قال سحنون، وحكى ابن حبيب عن أصحاب مالك أن مشاهدة القرية والعسكر كالقتال.

ويتحصل في هذا القسم والذي قبله أربعة أقوال:

الأول: لابن الماجشون[2]: أنه يستحق الإسهام بالإدراب في أرض العدو إلى حين القول.

الثاني: أنه لا يستحق إلا بلقاء العدو، ومشاهدة القتال، وهو الذي في «الواضحة»، وهو قول ابن القاسم في سماع يحيى .

الثالث: أنه لا يستحق بلقاء العدو ومشاهدة القتال إذا مات بعده إلا ما غنم وافتتح بقرب ذلك وهو قول ابن القاسم في سماع عيسى.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٣/ ٢٢).

(٢) انظر: «النوادر والزيادات» (٣ / ١٩٣).

والرابع: لسحنون: أنه لا يستحق بمشاهدة القتال إذا مات بعد ذلك إلا ما غنم وافتتح بذلك القتال خاصة، وهل يسهم لمن مات بعد غنيمة مما غنم بعد موته.

ففي «الموازية»: عن مالك: إذا كانت غنيمة متتابعة فله سهمه من الجميع، مثل أن يفتحوا حصنا فيموت ثم آخر على جهة الأمر الأول.

أصبغ: وأما لو رجعوا قافلين ونحو ذلك من انقطاع الأمر الأول فلا شيء له، وكذلك روى عيسى عن ابن القاسم.

وقال سحنون: مثل أن يكون حصن تحت سور أخذ ربض ثم مات ثم أخذ ربض آخر بعده، وأما ما ابتدئ قتاله من الحصون بعد موته فلا يسهم له وإن كان قريبًا.

ابن رشد: ويشبه أن يكون هذا القول هو مذهب «المدونة».

وَلِلْفَرَسِ سَهْمَانِ وَلِلْفَارِسِ سَهْمٌ كَالرَّاجِلِ.

لما في «البخاري» و«مسلم» عن ابن عمر: أنه ﷺ **جعل للفرس سهمين وللفارس سهمًا**[1].

وفي «أبي داود»[2] نحوه، وهذا ـ والله أعلم ـ إما لعظم مؤنة الفرس، وإما لقوة المنفعة به، ولهذا لم يسهم للبغل ونحوه، وعن ابن وهب: أنه قال: للفرس سهم واحد كراكبه، وشبه المصنف الفارس بالراجل ليفيد الحكم فيه، والله أعلم.

ولا يُسْهَمُ لِلفَرَسِ الثَّانِي عَلَى الْمَشْهُورِ كَالزُّبَيْرِ يَوْمَ حُنَيْنٍ، ولا يُسْهَمُ لِلثَّالِثِ اتِّفَاقًا.

حاصله: أنه يسهم للفرس الواحدة ولا يسهم للثالث اتفاقًا، واختلف في الثاني، فالمشهور أنه لا يسهم له؛ لما ورد: أن الزبير كان له فرسان يوم حنين فلم يسهم إلا لواحد، وقال ابن وهب، وابن حبيب: يسهم له ، واختاره ابن الجهم.

وروي في بعض طرق حديث الزبير أنه ﷺ فعل ذلك.

وَإِنْ كَانُوا فِي السُّفُنِ ومَعَ بَعْضِهِمْ خَيْلٌ فَكَذَلِكَ.

وجه هذا ظاهر؛ لأن المقصود بحملها معهم القتال عليها عند الحاجة إليها.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٧٠٨)، ومسلم (١٧٦٢). (٢) «سنن أبي داود» (٢٧٣٤).

قال في «المدونة»[١] : وكذا إن أسر أهل العسكر رجَّالة وتركوا خيلهم، فإنه يسهم للفرس كما لو كان راكبه عليه، واختار اللخمي عدم الإسهام للخيل التي في السفن.

والْبِرْذَوْنُ والْهَجِينُ والصَّغير يَقْدِرُ بِهَا عَلَى الكَرِّ والْفرِّ كَغَيْرِهَا، بِخلافِ الإبلِ، والْبِغَالُ والْحَمِيرُ...

ابن حبيب[٢]: البراذين: هي العظام.

الباجي[٣]: يريد الجافية الخلقة العظيمة الأعضاء، وقيل: البرذون ما كان أبوه وأمه قبطيين، وإن كانت الأم قبطية والأب عربي فهو هجين، وبالعكس مُقْرِف. وقيل بعكسه، **وقال ابن حبيب** : الهجين الذي أبوه عربي وأمه من البراذين.

قوله: (**يَقْدِرُ بِهَا عَلَى الكَرِّ والْفَرِّ**) شرط في الإسهام ، وظاهره أنه لا يشترط مع ذلك إجازة الإمام ونحوه لابن حبيب ، وشرط في «المدونة» و«الموطأ» في البراذين إجازة الوالي لها، وحمل الباجي[٤] والمازري قول ابن حبيب على الخلاف .

وقال التلمساني: الأول أن يحمل مطلق قوله في «الواضحة» علي مقيد قوله في «المدونة» .

خليل: وقد يقال : بل يحمل ما في «المدونة» على ما في «الواضحة»؛ لأنه قد اشترط في «الواضحة» أن يقدر بها على الكر والفر، وهي إذا كانت كذلك يجيزها الإمام، لكن قوله في «الجلاب»[٥]: والهجين والبراذين بمنزلة الخيل إذا أجازها الوالي وكانت سراعًا خفافًا تقارب العتاق يَرُدُّ هذا، والله أعلم.

وما ذكره المصنف في الصغير نص عليه ابن حبيب.

الباجي: ولو دخل بفرس صغير فكبر وصار يقاتل عليه، أسهم له من يوم بلوغه حد الانتفاع به، قال سحنون. كما أنه يسهم للصبي إذا بلغ مما غنموه بعد بلوغه، ويسهم لإناث الخيل كذكورها، رواه ابن عبد الحكم عن مالك.

---

(١) «المدونة» (٣/ ٣٢).

(٢) انظر: «النوادر والزيادات» (٦ / ١٤).

(٣) «المنتقى» (٤/ ٣٩١).

(٤) «المنتقى» (٤/ ٣٩١).

(٥) «التفريع» (١/ ٣٥٧).

وفي «البخاري»[(١)] : قال راشد بن سعيد: كان السلف يستحبون الفحولة في الخيل؛ لأنها أجرأ وأجسر.

سحنون: وإذا دخل بفرس لا يقدر أن يقاتل عليه من كبر، فهو راجل لا ينبغي للإمام أن يجيزه.

الباجي: وهذا يدل على أن على الإمام أن يتفقد أمر الخيل، فيجيز منها ما يجب ويرد منها ما لا يمكن القتال عليه.

وفي «الجواهر»[(٢)] : ويسهم للضعيف؛ لأنه يرجى برؤه، وقال أشهب، وابن نافع: لا يسهم له؛ لأنه لا يمكن القتال عليه الآن فأشبه الكسير، ولا يسهم للأعجف إذا كان في حيز ما لا ينتفع به، ولا خلاف أنه لا يسهم للإبل والبغال والحمير.

والمَغْصُوبُ مِنَ الْغَنِيمَةِ أَوْ مِنْ غَيْرِ الْجَيْشِ كَغَيْرِهِ، وَمِنَ الْجَيْشِ فقَوْلان.

يعني: إذا غصب أحد فرسًا وغزا عليه، فإن كان الفرس من الغنيمة فسهماه للغاصب؛ أي: في غنيمة أخرى، وكذلك لو كان مغصوبًا من غير الجيش.

واختلف إذا غصبه من غاز، وهو مراده بقوله: (ومِنَ الْجَيْشِ) فقال ابن القاسم: سهماه لربه، وبه أخذ محمد، وقال أشهب ، وسحنون: سهماه للغاصب وعليه أجرة مثل الفرس.

سحنون: إلا أن يأخذه بعد انتشاب القتال فيكون لربه.

ابن عبد السلام: ومن الشيوخ من يذكر القولين في هذه المسألة على الإطلاق من غير تفصيل في الفرس هل غصب من غنيمة أو من غيرها.

وفي الفرس المستعار قولان:

أحدهما: أن سهميه للمقاتل عليه، وهو لمالك في «الموازية» ، وأحد قولي ابن القاسم.

والثاني: لربه وهو أحد قولي ابن القاسم.

المازري: وسبب الخلاف: أن السهمين أضيفا للفرس، فهل يقال ذلك لأجل فارسه

---

(١) «صحيح البخاري» (٤ / ٣٠). (٢) «الجواهر» (١/ ٥٠٧).

والفرس تبع أو هما للفرس؟ فإن قدرنا ذلك مستنداً للفرس والفارس كالتبع كان السهمان للمعير، ولاسيما إذا راعينا المقصود وقلنا: لم يقصد المعير إلا هبة حركة الفرس لا هبة ما نشأ عن الحركة، وإذا قدرنا أنهما للفارس جاء القول الآخر وخرَّج القولين في مسألة الغصب على هذا الأصل، فعلى قول من أسند السهمين للفارس يكونان للغاصب، وعلى القول بإسنادهما للفرس يكونان كغلات المغصوب، وفي ذلك خلاف يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى.

خليل: وعلى هذا لا يبعد أن يخرج قول بأن يكون السهمان لربها وإن لم يكن حاضراً في الجيش.

المازري: وأما إن قاتل على فرس حبس، فإن السهمين للمقاتل عليه، أما على أن السهمين للفارس فواضح، وأما على أنهما للفرس؛ فلأن المحبس لما حبس هذا الفرس وأخرجه عن ملكه صار قاصداً لتسليم حركاته وما يكون عنه.

قال: ولو أن عبداً قاتل على فرس سيده، فإن قلنا: إن السهمين مستندان للفرس كان ذلك لسيده، وإن قلنا: إنهما مستندان للفارس، فهذا العبد ممن لا يسهم له، فهذه المسألة لا أعرف فيها نصا وفيها نظر على هذين البناءين.

فرع:

إذا كان الفرس بين رجلين فسهماه لمن حضر به القتال وإن كان الآخر قد ركبه في أكثر الطريق، وعلى المقاتل أجرة نصيب شريكه، فإن شهدا القتال عليه معًا، فلكل واحد مقدار ما حضر عليه من ذلك وعليه نصف الإجارة ، قاله مالك في «كتاب ابن سحنون».

وَالْغُلُولُ فِي غَيْرِ الطَّعَامِ ونَحْوِهِ وآلاتِ الْقِتَالِ مُحَرَّمٌ إِجْمَاعًا، وَأَمَّا الطَّعَامُ فَلِكُلٍّ أَخْذُ حَاجَتِه...

الغلول اصطلاحًا: هو الخيانة من المغنم، واختلف اللغويون هل هو مقصور على الخيانة من المغنم وهو مذهب أبي عبيد[1] ، أو عام في كل خيانة وعليه الأكثر.

وهذا فيما فعله ثلاثي وهو: غَلَّ يَغُلُّ بضم الغين في المضارع، وأما الرباعي وهو: أَغَلَّ يَغِلُّ فهو الخيانة على الإطلاق[2] .

---

(١) «غريب الحديث» (١ / ٢٠٠).

(٢) انظر: «تهذيب اللغة» (٨ / ٢٢)، و«مقاييس اللغة» (٤ / ٣٧٦).

ابن قتيبة[١]: وسمي بذلك لأن من أخذه كان يغله في متاعه؛ أي: يدخله، ونقل المصنف، وسحنون، وابن حبيب وغيرهم: ويؤدب الغال ولا يحرق رحله ولا يمنع سهمه، وإن جاء تائبًا أخذ منه ولم ينكل؛ لأن التعازير تسقط بالتوبة.

وقال مالك في «العتبية»: ما سمعت فيه شيئًا، ولو أدب لكان لذلك أهلاً.

وحمل في «البيان» [٢] ما قاله ابن القاسم وغيره من السقوط على أنه تاب قبل القسم، ورد ما غل في المغانم ، وأما لو تاب بعد القسم لما سقط عنه الأدب عن جميعهم.

واختلف هل يجوز أخذ ما قل؟ فقال في «المدونة»[٣] في جلود البقر تكون في المغانم: لا بأس أن يتخذ منها نعال وخفاف إذا احتيج إليها، وقال ابن نافع: لا يجوز فيما له ثمن وإن احتاجوا إليها.

وقول المصنف : **(فِي غَيْرِ الطَّعَامِ)** يوهم أنه في الطعام أيضًا غلول وليس كذلك، فإن ما يأخذه المجاهد من الطعام المحتاج إليه مباح، سواء أخذ خفية أو ظاهرًا ، وربما ندب الأخذ للتقوي على العدو، ولهذا قال: وأما في الطعام فلكُلٍّ أَخْذُ حَاجته، يريد بغير إذن الإمام، والأصل في هذا ما في الصحيحين عن عبد الله بن مغفل قال: **أصبت جراب شحم يوم خيبر فقلت: لا أعطي منه شيئًا فالتفت فإذا برسول الله ﷺ يتبسم**[٤] ، فأقره ﷺ على أخذه .

وفي البخاري عن ابن عمر: **كنا نصيب في مغازينا العسل والعنب فنأكله ولا نرفعه**[٥] .

وفِي أَخْذ الأنْعَامِ الْحَيَّةِ للذَّبْحِ قَوْلانِ ، ثمَّ يَرُدُّ مَا فَضَلَ.

القول بالجواز هو المعروف ذكره في «المدونة» و«الموطأ» وغيرهما.

والقول الآخر لم أره معزواً ، وإذا أخذ الأنعام للحاجة، فله أخذ جلدها إن احتاج

---

(١) «غريب الحديث» (١/ ٢٢٦).
(٢) «البيان والتحصيل» (٢ / ٥٢٧).
(٣) «المدونة» (٣/ ٣٨).
(٤) أخرجه البخاري (٣٩٧٧)، ومسلم (١٧٧٢).
(٥) أخرجه البخاري (٢٩٨٥).

إليه وإلا رده للمغانم.

وَفِي السِّلاحِ وَنَحْوِهِ بِنِيَّةِ الرَّدِّ لِلْقَسْمِ قَوْلانِ، وَكَذَلِكَ ثَوْبٌ يَلْبَسُهُ أَوْ دَابَّةٌ يَرْكَبُهَا إِلَى بَلَدِهِ...

احترز بنية الرد مما لو أخذها بنية التملك ، فإن ذلك لا يجوز باتفاق ، ونقله ابن بشير والقولان في «المدونة» ففيها[1]: وللرجل أن يأخذ من المغنم سلاحًا يقاتل به ويرده، أو دابة للقتال أو ليركبها لبلده إن احتاجها ويردها إلى الغنيمة، فإن كانت قد قسمت باعها وتصدق بالثمن، والسلاح كذلك، وكذلك ما يحتاج إلى لبسه من ثياب ، وروى علي، وابن وهب أن مالكًا قال: لا ينتفع بدابة ولا سلاح ولا ثوب، ولو جاز ذلك لجاز أن يأخذ العين ويشتري به هذا ، واختلف الشيوخ في هذا الإلزام؛ فالتزم التونسي جواز أخذ العين ليشتري بها هذه الأشياء على القول الأول إذا دعت إلى ذلك ضرورة.

وفرق **صاحب «النكت»**[2]: بأن الشراء زيادة تصرف فيما أذن فيه، ولا يلزم من جواز التصرف في شيء على وجه أن يلزم على سائر الوجوه، وهذا هو الظاهر، ولو كان أخذ العين جائزًا لما كان لإلزام مالك معنى، نعم ذكر ابن سحنون عن بعض أصحابنا جواز أخذ الطعام وبيعه ليتوصل به إلى ما يباح له أخذه، ورأى في «البيان»[3] أن القولين اللذين في «المدونة» إنما هما فيما عدا الانتفاع بالخيل والسلاح في معمعة الحرب، وإنما اختلفوا: هل له أن يمسكها بعد الحرب ويقفل على الخيل أم لا؟

وقول المصنف: (**وَكَذَلِكَ ثَوْبٌ يَلْبَسُهُ**) أي: ففيه القولان، ولو جمع المصنف الجميع لكان أخصر ، واختار اللخمي الجواز في الفرس والسلاح دون الثوب.

وَيَجِبُ الرَّدُّ لِلْجَيْشِ إِلا فِي الْيَسِيرِ.

يعني: أن ما فضل للمجاهد مما أبيح له أخذه إن كان كثيرًا رده للجيش إن أمكن، وإن كان يسيرًا جاز أكله؛ لأنه إنما أبيح للحاجة والزائد غير محتاج إليه، ولوحظ في اليسير أن قدر الحاجة لما لم يكن منضبطًا بقدر معلوم بل يختلف باختلاف الأشخاص والأزمنة صار داخلاً فيما دعت الحاجة إليه.

---

(١) «التهذيب» (٢ / ٦٩).

(٢) «النكت والفروق» (١/ ١٩١). (٣) «البيان والتحصيل» (٢ / ٥٤٥).

مالك: وإذا أخذ طعامًا ثم استغنى عنه فليعطه لأصحابه بغير بيع ولا قرض ، وما حد اليسير؟

ابن القاسم: له حبس ما لا ثمن له وما ثمنه الدرهم وشبهه.

ابن شعبان : وما ساوى نصف دينار فيرد إلى المغنم.

فَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ فَكَالْمَجْهُولِ يُتَصَدَّقُ بِهِ عَلَى الْمَشْهُورِ.

أي: فإن لم يمكن رد الكثير فالمشهور أنه يتصدق به كالمال الذي جهلت أربابه كاللقطة إذا مضى لها عام ولم يعلم لها مالك.

فإن قلت: يلزم تشبيه المصنف تشبيه الشيء بنفسه، إذ هو بعد افتراق الجيش ولم تعلم أعيان المقاتلين كما جهلت أربابه.

قيل: لا؛ لأن الخمس هنا لبيت المال وهو معلوم، لكنه كالتابع لما ليس بمعلوم، ومقابل المشهور لابن المواز: أنه يتصدق به حتى يبقى اليسير فيجوز له أكله، وهذا لا يؤخذ من كلام المصنف واستبعد؛ لأن اليسير يغتفر في نفسه ولا يغتفر مع غيره.

وَإِنْ أَوْصَى بِهِ وَلَمْ يُعْلَمْ تَحَقُّقُهُ فَمِنَ الثُّلُثِ .

هذا الكلام ذكروه في الغلول، ومفهومه: أنه لو تحقق لكان من رأس المال، والذي نص عليه ابن القاسم وغيره هنا: إنما يكون من رأس المال إذا كان قريبًا ولم يفترق الجيش، وأما إذا تطاول فإنه في الثلث؛ وكأن المصنف رأى أن مع القرب وعدم افتراق الجيش يعلم صدقه، ومع البعد لا يعلم صدقه.

خليل: والأظهر ما يؤخذ من كلام المصنف، وأنه إذا علم تحققه يخرج من رأس المال ولو طال؛ لأن الوارث حينئذ لا حق له فيه، لا سيما إذا كانت عينه قائمة.

وَلَوْ أَقْرَضَهُ لِمِثْلِهِ لَمْ يَجِبْ رَدُّهُ إِلَيْهِ.

لأنه إنما أبيح له من الطعام ما هو محتاج إليه، وما أقرضه لغيره صار في معنى المستغني عنه، وصار قابضه هو المحتاج إليه.

اللخمي: وإذا لم يلزم المستقرض رد المثل لم يلزم المشتري رد الثمن.

ابن عبد السلام: والكلام في هذا الفصل يشبه الكلام في طعام الضيف، وأنه كما

يقال: لا يستحق إلا بالأكل لا بوضعه بين أيديهم.

خليل: وما ذكره من أن طعام الضيف إنما يملكه بالأكل ذكره في «البيان»[١] في باب الأيمان والنذور؛ لأنه قال فيمن دعاه أصحابه ليأكل معهم: لو أراد كلما قطع لقمة ورفعها إلى فيه أن يجعلها في كمه ويذهب بها إلى بيته أو يطعمها لغيره، لم يكن ذلك له إذا لم يأذن فيه أصحابه.

وتَمْضِي الْمُبَادَلَة بَيْنَهُمْ فِيه، كَلَحْمٍ بِعَسَلٍ أَوْ سَمْنٍ وَنَحْوِه.

يعني: إذا حصل لأحد من أهل الجيش عسل ولآخر لحم مثلاً فلكل واحد أن يعاوض صاحبه، ولا إشكال أن لكل واحد أن يمنع صاحبه مما بيده إذا كان محتاجًا إليه حتى يبادله.

وانظر لو قبض العوض وامتنع من دفع المعوض، وقياس قولهم لا يجب رد المثل في القرض عدم جبره على دفع العوض.

وأجاز سحنون هنا بدل القمح بالشعير متفاضلاً ، ومنعه ابن أبي الغمري إلا متساويًا.

اللخمي: والأول أقيس ؛ لأن كل واحد منهما إنما يعطى ما استغنى عنه فللآخر أن يأخذه بغير عوض، وأشار بعضهم إلى التفرقة، قال: إن وقعت المبادلة فيما يستغنى كل واحد منهما عنه، فهذا لا يضر فيه التأخير؛ لأن كل واحد من الآخد والدافع يجب عليه أن يعطيه لمن احتاج إليه، وإن وقعت المبادلة فيما يحتاجان إليه لكن حاجة كل واحد إلى ما في يد صاحبه أشد من حاجته إلى ما في يده، فهذا تجب فيه المناجزة؛ لأن كل واحد قد ملك ما في يده ، ولعل الخلاف هنا كالخلاف في الربا بين العبد وسيده.

اللخمي: واختلف فيمن باع طعامًا واشترى بثمنه طعامًا آخر، فكرهه ابن حبيب ورأى الثمن مغنمًا بخلاف المبادلة.

سحنون: وقال بعض أصحابنا: إن باعه لحاجة ليصرف ثمنه في كسوة أو سلاح ولا شيء عنده لا بأس به كما لو أخذه من المغنم، فإذا بلغ بلاده تصدق به، وإن باعه ليتبادل به كان ثمنه مغنمًا.

فرع: اختلف إذا جهل المستقرض أو توهم أن الرد يلزمه فقضاه من طعام يملكه،

---

(١) «البيان والتحصيل» (٣/ ٢٣٩).

فقيل: يرجع بما دفع إن كان قائمًا، وإن فاته المدفوع إليه فلا شيء عليه ، كمن عوض من صدقة فظن أن ذلك يلزمه فإنما يرجع مع الفوات وإن فات فلا؛ لأنه سلط المدفوع إليه.

وقال بعض القرويين: يرجع مطلقًا؛ لأنه إنما دفع العوض في الغنيمة للشرط.

ابن يونس(١) : والأول هو الصواب.

وَمَن بَاعَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ فَثَمَنُهُ لِلْغَنِيمَةِ.

تصوره ظاهر.

وفي «العتبية»(٢) : عن ابن القاسم فيمن باع طعامًا بأرض الحرب ممن يأكله رد الثمن في المغنم لا على المبتاع، وحمل اللخمي ذلك على أنه باعه من غير الجيش، أو ممن خرج لغير الجهاد من أجير أو تاجر ، قال: ولو باعه من بعض الجيش ليأكله رد الثمن على المبتاع.

وَأَمَّا مَنْ نَحَتَ سَرْجًا أَوْ بَرى سَهْمًا فَهُوَ لَهُ ولا يُخَمَّسُ.

في «المدونة»(٣): مالك: ومن نحت سرجًا أو برى سهمًا أو صنع مشجبًا ببلد العدو فهو له ولا يخمس.

سحنون: معناه إذا كان يسيرًا.

اللخمي: وقال ابن الماجشون: إن كان له قدر أخذ إجارة ما عمل والباقي يصير فيئًا.

قال ابن يونس(٤): وكذلك في «الموازية».

وحمل صاحب «البيان»(٥) قول سحنون على الخلاف ؛ لأنه قال: وقد اختلف فيه إذا كان كثيرًا على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه له وله بيعه.

والثاني: أنه يأخذ إجارة ما عمل والباقي فيء، وهذان القولان في «المدونة»، ولا يكونان فيها إلا إذا كان كلام سحنون خلافًا.

---

(١) «الجامع» (٣ / ١٦٨).
(٢) «البيان والتحصيل» (٢/ ٦١٣).
(٣) «المدونة» (٣/ ٩٦).
(٤) «الجامع» (٣ / ١٧٠).
(٥) «البيان والتحصيل» (٤/ ٢٢١).

والثالث: أن جميعه فيء ولا أجرة له في عمله، وهو قول ابن القاسم في سماع سحنون، وأما اليسير فلا اختلاف أنه له ولا شيء عليه فيه، وهذا الاختلاف إنما هو فيما عمل مما لا ثمن له أو مما له ثمن، على مذهب من يرى أن للرجل أن يأخذ من أرض العدو ما لم يحوزوه إلى بيوتهم من أشيائهم المباحة، مثل المسن والدواء من الشجر والطير للاصطياد إذا صادها، وهو قول ابن وهب ، وابن عبد الحكم.

وأما على مذهب من يرى أنه ليس له أن يأخذ شيئًا من ذلك إذا كان له ثمن، وأن ما صاده للأكل حكمه حكم طعام الغنيمة، وأن من باع منه شيئًا جعل ثمنه في المقاسم، وهو قول ابن حبيب في «الواضحة» وعزاه إلى مالك وأصحابه، فيتخرج على قولين.

أحدهما: أنه يرد في المقاسم ولا أجرة له.

والثاني: أن يكون له أجر مثله والباقي فيء. انتهى.

وذكر الباجي[1] أن على قول ابن حبيب جمهور الأصحاب؛ لأنه قال: أما ما له قيمة بأرض العدو كالبازي والصقر، فجمهور أصحابنا أنه يكون مغنمًا، وحكاه ابن حبيب عن مالك، قال: وأما ما ليس له ببلد العدو إلا قيمة يسيرة ، فروى أشهب عن مالك أنه قيل له: إن بأرض العدو أشجارًا لها ثمن كثير ببلاد الإسلام وحملها خفيف وشأنها ببلد العدو يسير. قال: لا بأس بأخذه هذا وإن أخذه للبيع، ولو جاء به إلى صاحب المغانم لم يقبله ولم يقسمه.

وروى ابن حبيب عن ابن القاسم: أن ما أكل من صيد أو حيتان فهو له، وما باعه كان ثمنه فيئًا، وكذلك ما حمله إلى أهله فباعه إلا اليسير.

وَالشَّأْنُ قَسْمُ الْغَنَائِمِ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَهُمْ أَحَقُّ بِرُخْصِهَا.

هكذا قال في «المدونة»[2] والمراد بالشأن: السنة الماضية، وقال أبو الحسن: الشأن يحتمل أن يريد به العمل، ويحتمل أن يريد به الوجه والصواب؛ وهذا ما لم يعرض مانع كخوف من العدو.

وفي القسم بدار الحرب فوائد؛ منها: تغييظ الكفار، ومنها: تعجيل الفرحة

---

(١) «المنتقى» (٤/ ٣٩٢).

(٢) «المدونة» (٣/ ٩٧).

للمسلمين، ومنها: زيادة الحفظ ؛ لأنه إذا عرف كل واحد ماله احتفظ عليه، منها الرفق بهم في تفرقتهم إلى بلادهم وترك رجوعهم إلى بلد واحد؛ ولهذا قال ابن حبيب: لا ينبغي للإمام أن يبيع شيئًا من متاع الغنيمة الذي لا ينقسم إلا بالنقد.

وفي قوله: (**وَهُمْ أَحَقُّ بِرُخْصِها**) جواب عن سؤال مقدر؛ لأن بعض العلماء ممن اختار قسمها ببلاد الإسلام زعم أن في قسمها ببلد الحرب تضييع الأموال؛ لأنها تباع هناك رخيصة ، فقال الإمام: هم أحق برخصها؛ أي: لأن ذلك الرخص راجع إليهم لأنهم هم المشترون لها، وهل تقسم الأثمان أو العروض؟ قال سحنون: إن الإمام يبيع ويقسم الأثمان، فإن لم يجد من يشتري قسم العروض خمسة أجزاء بالقرعة.

ابن عبد السلام: وهو ظاهر قوله: (**وَهُمْ أَحَقُّ بِرُخْصِهَا**) وقال ابن المواز: تقسم السلع أولاً على خمسة أجزاء فيعطى للفيء واحد بالقرعة، ويخير الإمام في بيع البقية وقسم أثمانها وفي قسمتها من غير بيع بحسب ما تقتضيه المصلحة.

اللخمي، وابن يونس[1] : واختلف في السلع، فقيل: تجمع في القسم ابتداءً، وقيل: إن حمل كل صنف القسم بانفراده لم يجمع وإلا جمع وهذا أحسن وأقل غرراً.

وهل تلحق السرية بالجيش في القسم ببلد الحرب؟ أما إن خرجت من بلد الإسلام فحكمها كالجيش ، وأما إن خرجت من الجيش فلا تقسم حتى تعود إليه.

ابن المواز: وهو قول أصحابنا إلا ابن الماجشون فإنه قال: إلا أن يخشى من تلك السرية مضرة تضييع، وطرح أثقال ، وقلة طاعة والي السرية فتباع الغنيمة ويلزم كل واحد فقط حفظ متاعه وهو استحسان ؛ لأنه لا يبيع على الغائب ولا يقسم عليه إلا من يلي أمره، ووالي السرية لا يلي على بقية الجيش.

وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّ فِي الْغَنِيمَةِ مَالَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ قَبْلَ الْقَسْمِ، فَإِنْ عُلِمَ رَبُّهُ بِعَيْنِه حَاضِرًا أَوْ غَائِبًا رُدَّ مَجانا، وإِنْ لَمْ يُعْلَمْ بِعَيْنِهِ قُسِمَ ولَمْ يُوقَفْ، بِخِلافِ اللُّقَطَةِ عَلَى الْمَشْهُورِ...

(**ثَبَتَ**) أي: بطريقة الشرع.

المازري: ويحلف أنه ما باع ولا وهب، ونص البرقي وأبو عبيد على عدم قسمه إذا عرف ذلك واحد من العسكر، قالا: وإن وجد أحمال متاع وعليها مكتوب: هذا لفلان ابن فلان، وعرف البلد الذي اشترى منه كالكتان بمصر وشبهه، لم يجز قسمه ووقف حتى

(١) «الجامع» (٣ / ١٧١).

يبعث إلى ذلك البلد ويكشف عمن اسمه عليه، فإن وجد من يعرفه وإلا قسم.

اللخمي: وظاهر قول مالك، وابن القاسم قسم ما علم بلده، وقسم ابن بشير المسألة على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعلم ربه بعينه فلا يقسم.

والثاني: أن يعلم أنه لمسلم في الجملة.

والثالث: يعرف بلده وناحيته دون عينه، وذكر في كل واحد منها قولين، ومال الذمي كالمسلم لاشتراكهما معًا في العصمة، ثم إذا عرف ربه وكان حاضرًا ولم يقسم دفع إليه مجانًا - أي: بغير عوض - وإن كان غائبًا، فقال محمد: إن كان حمله خيرًا لربه فعل ذلك وأخذ منه الكراء، وإن لم يكن حمله أوفق بيع وينفذ الإمام فيه البيع ولا يكون لربه غير الثمن.

قوله: **(وَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ بِعَيْنِه)** أي: وإن عرف أنه لمسلم أو لذمي ولكن لم يعرف بعينه، فالمشهور أنه يقسم تغليبًا لحق المجاهدين، وقال ابن المواز، وعبد الوهاب[1]: يوقف.

ابن عبد السلام: لكن مذهب ابن المواز يوقف ما رجي العلم بصاحبه، وظاهر كلام القاضي وقفه مطلقًا.

تنبيهات:

الأول: ابن عبد السلام: قول المصنف: (ثبت) وشرط الثبوت مع العلم بعين المالك مخالف لعبارة أهل المذهب في هذه المسألة، وهي قولهم: فإن عرف ربه؛ لأن لفظ الثبوت إنما يستعملونه فيما هو سبب للاستحقاق كالشاهدين وما يقوم مقامهما، ولفظ المعرفة والاعتراف وشبههما يستعملونه فيما هو دون ذلك، أو فيما يشمل البينة، أو ما دونها.

وفي كلام ابن عبيد والبرقي: المتقدم دليل على ذلك، ومنه استعمال لفظ المعرفة في اللقطة ومعرفة العفاص والوكاء.

والثاني: قوله: **(عَلَى الْمَشْهُورِ)** راجع إلى ما قاله ابن راشد، والفرق على المشهور بين اللقطة وما لم يعرف ربه ينبني على قاعدة، وهي: أن المشركين إذا غنموا شيئًا من

---

(١) «التلقين» (١/ ٣١٢).

أموال المسلمين على سبيل القهر، هل يبقى له فيه شبهة الملك، وإذا أسلموا تقرر ملكهم عليه؟ وهو مذهبنا ومذهب أبي حنيفة ؛ لأن القهر والغلبة وجه يملك به المسلم مال المشرك، فجاز أن يملك به المشرك ، كالبيع والصلح؛ ولأنهم لو أتلفوا شيئًا مما حصل في أيديهم ثم أسلموا لا يطالبون بذلك بالإجماع، ولولا الشبهة لغرموا ، وخالفنا الشافعي فنفى الشبهة، ولعل نفي الغرامة عنه في الاستهلاك لاستئلافهم علي الإسلام، وإذا تقررت هذه القاعدة ظهر لك الفرق ؛ لأن الغانمين تنزلوا منزلة من له شبهة الملك، واللقطة لا حق فيها للملتقط.

وبِيعَتْ خِدْمَةُ الْمُعْتَقِ إِلَى أَجَلٍ ، والْمُدَبَّرِ، وَالْمُكَاتَبِ، بِخِلافِ أُمِّ الْوَلَدَ إِنْ ثَبَتَ ذَلِكَ .

يعني: إذا فرعنا على المشهور في بيع مال المسلم إذا لم يعلم مالكه بعينه، فكان من مال المسلم معتق إلى أجل، أو مدبر، أو مكاتب، أو أم ولد، فإنه تباع خدمة المدبر والمعتق إلى أجل؛ لأن خدمتهما ملك لسيدهما ، ولا تباع خدمة المكاتب وأم الولد؛ أما المكاتب: فلأنه أحرز نفسه وماله فلم يبق لسيده فيه إلا الكتابة.

وأما أم الولد: فإنما لسيدها فيها استمتاع، وهو مما لا يقبل المعاوضة؛ ولا إشكال في بيع خدمة المعتق إلى أجل لانضباطها ، وكذلك بيع كتابة المكاتب، ثم إن أدى الكتابة أعتق وكان ولاؤه للمسلمين وإن عجز رق لمشتريها.

وأما المدبر: فقال سحنون كالمصنف: إنه لا يدخل من المدبر في المغانم إلا خدمته.

ابن أبي زيد[1]: يريد يؤاجر بمقدار قيمة رقبته، فتجعل تلك القيمة في المقاسم ويتصدق بذلك إن تفرق الجيش.

قال ابن عبد السلام: ظاهر كلام المصنف: أنه يباع جميع خدمة المدبر وليس بصحيح؛ لأنها محدودة بحياة السيد وهي غير معلومة الغاية، وإنما ينبغي أن يؤاجر زمنًا محدودًا بما يظن حياة السيد إليه، ولا يزاد على الغاية التي تذكر في كتاب الإجارة، ثم إن عاش المدبر وسيده بعد تلك المدة تكون الخدمة الزائدة كاللقطة لافتراق الجيش وعدم العلم بأعيان من يستحقها.

وَلَوْ جَهِلَ الْوَالِي أَوْ تَأَوَّلَ فَقَسَمَ مَا وَجَبَ لِمَالِكِه ، فَثَالِثُهَا : يَمْضِي التَّأْوِيلُ.

---

(١) «النوادر والزيادات» (١٣/ ٢٨٦).

يعني: فلو قسم الوالي مال المسلم المعين، وهو معنى قوله: (**مَا وَجَبَ لِمَالِكِه**) إما جاهلا بالحكم، أو متأولاً في الأخذ بقول بعض العلماء، قال سحنون: يمضي؛ لأنه حكم وافق اختلافًا بين الناس، لأن الأوزاعي قال: لا يأخذه ربه إلا بالثمن لو عرف بعينه، وعدم الإمضاء لابن القاسم، وابن حبيب ويأخذه ربه بغير ثمن.

والثالث: لم أره، وذكر ابن عبد السلام: أنه مختار الأشياخ، ولم يسقه ابن بشير على أنه خلاف، بل قال بعد القولين: وهذا في التأويل ظاهر؛ لأنه حكم بما اختلف الناس فيه، ونقضه هو المشكل إلا أن يتأول على أنه لم يتأول موافقة الخلاف، وإنما تأول القسم من غير أن يعرف كون ذلك مذهبًا لأحد.

وأما إذا جهل فقد اعترض الأشياخ القول بمضيه؛ لأن الجاهل لا يعذر بموافقته للمذهب.

فَإِنْ ثَبَتَ بَعْدَ الْقَسْمِ فَلِمَالِكِهِ إِنْ شَاءَ أَخْذُهُ بِثَمَنِهِ إِنْ عُلِمَ، وَإِلا فَبِقِيمَتِهِ.

هذا قسيم قوله: (**قبل القسم**) يعني: وإن ثبت أنه مال مسلم معين بعد القسم، فلمالكه أخذه إن شاء بثمنه، أي: بالقدر الذي قوم به في الغنيمة.

قال صاحب «الاستذكار»[١] وغيره: وسواء دخله زيادة أو نقص، كما لو عمي أو تعيب بغير ذلك؛ لأنه إنما يستحقه بسبب قديم كالشفعة.

قال في «المدونة»[٢]: وإن أراد به أخذه لم يكن لمن هو في يده أن يأبى ذلك.

قال في «البيان»[٣]: ولا خلاف في المذهب أن لرب السلعة أن يأخذها إن شاء، وإن لم يعلم ذلك القدر أو يشتره أخذه بالقيمة.

ابن راشد: وتكون القيمة يوم القسم.

خليل: وهو مقتضى كلامهم.

وقال ابن عبد السلام: يريد ـ والله أعلم ـ بقيمته يوم أخذه، ويحتمل بقيمته يوم القسم.

---

(١) «الاستذكار» (٨/ ٩٢).

(٢) «المدونة» (٣/ ٧٨).

(٣) «البيان والتحصيل» (٣/ ٢٧).

وَلَوْ بِيعَ مِرَارًا فَفِي تَعْيِينِ الثَّمَنِ الأَوَّلِ أَوْ يَتَخَيَّرُ كَالشَّفِيعِ قَوْلاَنِ.

القولان لسحنون، قال أولاً: إذا تداولته الأملاك أخذه بأي ثمن شاء، ثم رجع فقال: يأخذه بما وقع في المقاسم بخلاف الشفعة، إذ لو سلم الشفعة في بيع ثم بيع الشقص كان للشفيع فيه الشفعة، وهذا إذا أسلمه لم يكن له أخذه إن بيع بعد ذلك، وهو قول ابن القاسم، رواه عنه سحنون في «العتبية» واحتج بهذا، وصرح ابن راشد بمشهورية تعيين الثمن الأول.

وخرج اللخمي وصاحب «البيان»[1] في هذه المسألة قولاً ثالثًا مما وقع في الذي يشتري عبدًا من بلد الحرب ثم يقدم فيبيعه، أنه لا يكون لصاحبه إلا ما بين الثمنين وفيه نظر.

وإِذَا قُسِمَتْ أُمُّ الوَلَدِ جَهْلاً ؛ فَفِيهَا : يَفْدِيهَا رَبُّها بِالثَّمَنِ جَبْرًا، وَقِيلَ: بالأَقَلِّ، وَقِيلَ: بِقِيمَتِهَا، وقِيلَ: أَوْ الإِمَامِ، وَفِي «الْمُوَطَّأ»: يَفْدِيهَا رَبُّهَا إِن امْتَنَعَ الإِمَامُ، ويَتبعُ ذِمَّتَهُ إِنْ كَانَ فَقِيراً...

قوله: (**جَهْلاً**) أي: بأنها أم ولد، وظن أنها قِنٌّ لا أنه قسمها وهو يعلم أنها أم ولد وجهل الحكم ، فإن هذه يأخذها ربها بغير ثمن اتفاقًا، وأما الوجه الأول، فمذهب «المدونة»: أنه يفديها ربها بالثمن جبرًا؛ أي: بما وقعت عليه في المقاسم وإن كان ذلك أضعاف قيمتها ولا خيار له، وهو معنى قوله: (**جبرًا**) وأحسن منه إجبارًا؛ لأن أكثر استعمال العرب الفعل في هذا الباب رباعي، وقال المغيرة وأشهب: يفديها بالأقل من القيمة والثمن وهو أظهر؛ لأنه قد يزيد في الثمن لغرضه فلا يلزم ذلك ربها، وفي إلزامه القيمة إذا كانت أكثر من الثمن ضرر بالسيد.

وقوله: (**وقِيلَ: بِقيمتها**) ظاهره: ولو زادت على الثمن ولم أره، وقوله: (**أَوْ الإِمَامِ**) هكذا وقع في بعض النسخ، وفي بعضها إسقاطه ولا كلام على الإسقاط، وأما على إثباتها فالأولى لو قال: وقيل: الإمام؛ لأن ابن بشير وغيره ذكر قولاً بأنه يفديها الإمام.

وفي «الموطأ»: يفديها الإمام، فإن لم يفعل فعلى سيدها أن يفديها، وهذا معنى قوله: (**وفِي «الْمُوَطَّأ»: يَفْدِيهَا رَبُّهَا إِنِ امْتَنَعَ الإِمَامُ**) ولم يصرح في «الموطأ» بماذا تفدي، وكأنه رأى في «الموطأ» أن سيدها لما كان مجبرًا على افتكاكها، والإمام أدخله فيها كان على الإمام أن يغرم ذلك، قوله: (**وَيَتبعُ ذِمَّتَهُ إِنْ كَانَ فَقِيرًا**) يعني : حيث خاطبنا السيد بالفداء، فإن كان موسرًا أخذ منه وإن كان معسرًا أتبع به.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٣/ ٢٧).

فَلَوْ مَاتَتْ أَوْ مَاتَ سَيِّدُهَا قَبْلَ أَنْ يُعْلَمَ بِهَا لَمْ يُرْجَعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ.

لأن الفداء ليس بدين ثابت في ذمة السيد، وإنما هو لتخليص رقبتها، فإذا ماتت فقد تخلصت رقبتها، وكذلك إن مات سيدها لأنها تصير حرة، فلذلك لم يكن على السيد في موتها ولا في تركته شيء إن مات، وهذا الفرع لسحنون، ونقله صاحب «النوادر»، واللخمي، وابن يونس[1]، كما نقله المصنف؛ أعني: في جعل الغاية العلم بها، فقول ابن عبد السلام: ولم يجعل سحنون الغاية كالمصنف بل جعلها الحكم ليس بظاهر، نعم نقل الباجي[2] عن سحنون مثل ما ذكره.

فَإِنْ قُسِمَ الْمُعْتَقُ إِلَى أَجَلٍ خُيِّرَ السَّيِّدُ، فَإِنْ فَدَاهُ رَجَعَ إِلَى حَالِه، وإِنْ أَسْلَمَهُ كَانَ إِسْلامًا لِخِدْمَتِه فَقَطْ إلى أَجَلِه فَقَطْ، وقِيلَ: إلا أَنْ يَسْتَوْفِيَ ثَمَنَهُ قَبْلَهُ فَيَرْجِعَ إِلى السَّيِّدِ فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ فَفِي اتِّبَاعِ الْعَبْدِ بِهِ قَوْلَانِ...

لا خفاء أنه لو علم أنه معتق إلى أجل وعرف سيده أنه يوقف له، وإن لم يعرف بيعت خدمته ودخلت في المقاسم على المشهور كما تقدم، وأما إن لم يعلم أنه معتق إلى أجل وقسم ثم عرف صاحبه بعد ذلك، فإنه يخيَّر سيده بين أن يفديه بما وقع به في المقاسم أو يسلمه؛ فإن فداه رجع إلى حاله، وإن أسلمه قال المصنف: (**كَانَ إِسْلامًا لِخِدْمَتِه فَقَطْ إِلى أَجَلِه فَقَطْ، وقِيلَ: إلا أَنْ يَسْتَوْفِيَ**) حاصله: أنه هل يسلم الخدمة تمليكًا أو على التقاضي، والقول بالتمليك نقله في «النوادر» عن ابن القاسم، ولفظه: والمعتق إلى أجل حين أسلمه صارت خدمته وإن كثرت للمبتاع حتى يحل الأجل ويعتق، فإن بقي له شيء أتبع به، قال: وروى أبو زيد عن ابن القاسم في المعتق إلى أجل يتم الأجل ولم يستوفِ المشتري من الخدمة ما بقي له، أنه لا يتبعه بشيء وهذا هو الصواب، ورجوع منه عن قوله الأول. انتهى.

والقول بأنه إنما يأخذ القيمة على التقاضي، وأنه يرجع إلى السيد إن بقي من الأجل شيء نقله ابن يونس عن سحنون ، وإن تم الأجل ولم يوفِ عتق ولم يتبع بشيء.

وقد ذكر اللخمي أيضًا الخلاف في الخدمة هل تعطى تمليكًا، أو على التقاضي؟ وهل يتبع إذا أعتق بما بقي أم لا؟ كما ذكر المصنف، وقول ابن عبد السلام: الموجود هنا هو قول سحنون ليس بظاهر.

---

(١) «الجامع» (٣ / ١١١). (٢) «المنتقى» (٤/ ٣٥٥).

وَكَذَلكَ الْمُدَبَّرُ فَإِنْ مَاتَ سَيِّدُ الْمُدبِّر قَبْلَ الاسْتيفَاء خَرَجَ منْ ثُلُثه حُرا، وفى اتِّبَاعه بَبَاقِي الثَّمَن قَوْلَان، ويُقَوَّمُ عَبْدًا منْ مَاله، ولذَلكَ لَوْ لَمْ يَتْرُكْ غَيْرَهُ عُتقَ ثُلُثُهُ ورَقَّ بَاقيه ولَا قَوْلَ للْوَرَثَة بخلَاف الْجنَايَة، وقيلَ: يُخَيَّرُونَ كَالْجنَايَة...

يعني: إذا قسم المدبر ولم يعلم أنه مدبر، فإن فداه سيده رجع إلى حاله، وإن أسلمه فكما تقدم في المعتق، فإن مات سيد المدبر فإما أن يخرج من ثلثه أو لا، فإن خرج حكم بحريته، وهل يتبعه بما بقي عليه مما وقع به في المقاسم؟ ذكر في «المدونة»[1] في باب المدبر قولين: مذهب ابن القاسم اتباعه، وقال غيره: لا يتبع.

وعن ابن الماجشون ثالث بالفرق بين المدبر يقع في المقاسم فلا يتبع، وبين المشتري من دار الحرب فيتبع، واستصوبه محمد.

خليل: وينبغي أن يقيد قول من قال بعدم الاتباع هنا، وفي المعتق إلى أجل بما إذا لم يكتماه، وأما إن كتماه فيرجع عليهما لغرورهما، وإن لم يخرج عتق منه محمل الثلث، وهل يتبع الجزء العتيق بما ينويه؟ القولان ، وأما الجزء الذي لم يعتق، فقال ابن القاسم: يسلم رقًا لمن هو في يده، ولا يُخَيَّر الورثة في إسلامه وفدائه بما ينوبه ، كما يُخيَّرون في ذلك في الجناية إذا جنى المدبر وأسلمه سيده للمجني عليه ثم يعتق بعضه، وقيل: يُخيَّرون كالجناية، والفرق بينهما على المشهور أن المشتري في المغانم إنما اشترى الرقبة، فالسيد لما أسلمه فقد أسلم ما اشترى ـ وهو الرقبة ـ وقد آل الأمر إليها فلا رجوع، بخلاف الجناية فإن المجني عليه لم يدخل إلا على الخدمة، فإذا آل الأمر إلى الرقبة فهي شيء آخر وفيه نظر؛ لأنه مبني على أن السيد في الغنيمة أسلم الرقبة وليس كذلك، وإنما أسلم الخدمة، إلا أن يلاحظ كونه دخل ابتداء على ملك الرقبة.

وإِنْ قُسمَ الْمُكَاتَبُ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسمِ: إِنْ أَدَّى مَا اشْترى به عَادَ مُكَاتَبًا لسَيِّده، وَإِنْ عَجزَ فَكَعَبْد أَسْلَمَ أَوْ فُدى كَالْجنَايَة، وعَنْ عَبْدَ الْملك: إِنْ أَسْلَمَهُ السَّيِّدُ فَعَلَى كتَابَته...

يريد: ولم يعلم أنه مكاتب، فقال ابن القاسم: يقال له: أدِّ ما اشتراك به هذا، كما يقال له: أدِّ الجناية، فإن أداه رجع مكاتبًا، وإن عجز كان ذلك عجزًا عن الكتابة كما في الجناية أيضًا، ويخير سيده بين أن يسلمه عبدًا أو يفديه.

---

(١) «المدونة» (١١/ ٣٩٦).

ورجع سحنون إلى هذا القول بعد أن قال: يخير السيد أولاً بين أن يفديه أو يسلمه، فإن فداه بقي له مكاتبًا، وإن أسلمه قيل للمكاتب: أدِّ ما صرت به لمن أنت في يده وتمضي على كتابتك، فإن عجز عن ذلك، فهو كمكاتب عليه دين فلس به فإنه يعجز.

قوله: (وَعَنْ عَبْدِ المَلِكِ) يعني: أن المكاتب الذي قد قسم يخيَّر سيده في فدائه وإسلامه، فإن فداه بقي على كتابته، وإن أسلمه لم يلزم المكاتب غير كتابته فقط، يؤديها على نجومها، ويخرج حرا ولا يتبع بشيء، فإن عجز رق لمشتريه ، ولم يكن لسيده فيه خيار ولا رجعة، وترك المصنف من قول عبد الملك : ولا يتبع بشيء إذا خرج حرا، وإن عجز رق لمشتريه ولم يكن لسيده فيه خيار ولا رجعة، وهذا مخالف لما حكيناه عن سحنون؛ لأنه على قول عبد الملك: إذا أسلمه لا يلزمه غير الكتابة، وعلى قول سحنون يقال له: أدِّ ما صرتَ به.

قال عبد الملك: وأما إن اشترى المكاتب من العدو ولم يفده سيده، فإنه يقال للمكاتب: أدِّ لمشتريك الثمن الذي اشتراك به وتبقى على كتابتك تؤديها إلى سيدك وتخرج حرا، وإن لم تفعل رققت الساعة لمشتريك، وهذه الأقاويل حيث لم يؤدِّ المكاتب لمن وقع له شيئًا، وأما إن أتى سيده وقد أدى بعضها وأراد افتكاكه ، فاختلف الشيوخ؛ فمنهم من قال: يكون كبيع قد فات، فإن كان قد قبض نصف الكتابة أو ثلثها - يريد: بالقيمة لا بالعدد - مضى لمن هو في يده ما قبض، وأخذ سيد المكاتب ما بقي بنصف الثمن أو ثلثه.

ومنهم من قال: هو كبيع لم يفت، فإذا شاء سيده افتكاكه دفع لمن هو في يده جميع ثمنه وأخذ ما كان قبض من المكاتب.

ومَنْ صَارَتْ إِلَيْهِ جارِيَةٌ أَوْ غَيْرُهَا، وعَلِمَ أَنَّهَا لِمُسْلِمٍ مُعَيَّنٍ لَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى يُخَيَّرَ صَاحِبُهَا...

قوله: (أَوْ غَيْرُهَا) يريد: من سائر السلع، وكذلك قال في «المدونة»[1] .

قوله: (لِمُسْلِمٍ) يريد: أو ذمي كما تقدم، وإنما لم تحل؛ لأنها مملوكة للغير وانتقالها عن ملكه موهِم، لا سيما في الفرج، وعلى القول بأن العلم بربها لا يمنع من قسمتها إذا كان غائبًا يجوز له التصرف هنا.

---

(١) «المدونة» (٣/ ٧٩).

وإذَا تُصُرِّفَ فِي الرَّقِيقِ بِالْعِتْقِ الْمُنجزِ أَوِ الاسْتِيلادِ مَضَى عَلَى الْمَشْهُورِ، وَإِنْ أُعْتِقَ إِلَى أجْلٍ فَأجْرَاهُ اللَّخْمِيُّ عَلَيْهِ...

يعني: أن من وقع في سهمه عبد أو أمة أو اشتراهما من حربي، فأعتق العبد عتقًا ناجزًا، أو استولد الأمة، فالمشهور أنه فوت ولا شيء للسيد، قاله في «المدونة»(١) .

وفي «الموازية»: عن أشهب: أن له نقض عتق العبد ويأخذه بالثمن.

وذكر سحنون عن أشهب في «الاستيلاد» أنه له أن يأخذ الأمة وقيمة ولدها ، وبه قال ابن القاسم أولاً كالاستحقاق، ورأى في المشهور أن هذا أضعف؛ لأن المستحق يأخذه بغير عوض بخلاف هذا.

وقوله: (**تُصُرِّفَ**) يضبط مبنيا لما لم يسمَّ فاعله؛ ليعم تصرفه وتصرف من باع له أو وهب له وغير ذلك.

واختلف الشيوخ على المشهور لو اشترى العبد من المقاسم على أن يرده على صاحبه فأعتقه فقال القابسي، وأبو بكر بن عبد الرحمن: يمضي عتقه كالأول.

وقال ابن الكاتب: لا يمضي؛ لأنه دخل على الرد على صاحبه.

اللخمي: ويختلف إذا أعتق إلى أجل ، فيمضي على قول ابن القاسم ، ويرد على قول أشهب وهذا معنى قوله: (**فَأجْرَاهُ اللَّخْمِيُّ عَلَيْهِ**).

ابن بشير: ويبعد أن يجري عليه لعدم إنجاز العتق ، فيقوى هنا على الرد.

وَلَو قُسِمَ الْمُسْلِمُ أَوِ الذِّمِّيُّ جَهْلاً لِكسْوَتِهِمَا ، فَثَالِثُهَا : إِنْ عُذِرا فِي السُّكُوتِ بِأَمْرٍ لَمْ يُتَّبَعَا..

لا خلاف في حريتهما، وإنما اختلف في اتباعهما، والقول بالاتباع لأشهب ، وبعدمه لمالك وابن القاسم وسحنون.

اللخمي : لم يفرق في هذين القولين هل كان جاهلاً أو عالمًا؟ وقال ابن القاسم: إن كان صغيرًا أو كبيرًا قليل الفطنة، كثير الغفلة، أو أعجميا يظن أن ذلك رقٌّ له لم يتبع، وإن نودي عليه وهو ساكت بلا عذر أتبع إذا لم يجد المشتري على من يرجع، وقال غيره:

(١) «المدونة» (٣/ ٢٤).

لا يتبع ولو غر، واختلف الشيوخ في إبقاء هذه الأقاويل على ظاهرها في المسألة أو تأول، فذهب المؤلف وبعضهم إلى بقائها على ظاهرها كما ترى.

وقال اللخمي: لا يختلف إذا كان المبيع صغيرًا؛ لأنه لا رجوع عليه.

وقال ابن رشد[١] : لا خلاف أنه إذا عذر بجهل لا شيء عليه، وإنما اختلف إذا لم يعذر بجهل، وطريقة ابن رشد مخالفة للَّخمي؛ لأن ابن رشد أخرج من يعذر بجهل مطلقًا من الخلاف، واللخمي إنما أخرج الصغير، وكلاهما خلاف طريقة المصنف وابن بشير؛ لكونهما أطلقا الخلاف، وأشار في «البيان»[٢] إلى أن هذا الخلاف جارٍ على الغرور بالقول.

ابن عبد السلام: وبالجاري عندي على مشهور المذهب أنه غرور بالفعل، وأنه موجب للغرم؛ لأن سكوته مع علمه وإسلامه نفسه لمشتريه فعل، ومسائل الغرور في النكاح تشهد لذلك.

اللخمي: وكل هذا إذا افترق الجيش وكانوا لا يعرفون لكثرتهم، فإن لم يفترق الجيش، أو عرفوا بعد الافتراق رجع عليهم المشتري أو من صار في سهمه.

ابن القاسم: ينبغي للإمام أن يغرم لمن وقع في سهمه من بيت المال.

وقال ابن مسلمة: على الإمام أن يؤدي ذلك من الفيء أو الخمس، وقال سحنون: لا شيء عليه ولا يعطى من الخمس أو بيت المال، وهي مصيبة نزلت به.

وَمَنْ عَاوَضَ فِي دَارِ الْحَرْبِ عَلَى مَالِ لِمُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ فَلِمَالِكِهِ أَخْذُهُ بِثَمَنِهِ اتِّفَاقًا.

تقدم أن للمشركين فيما أخذوه شبهة الملك، فإذا دخل رجل دار الحرب فاشترى منهم مال مسلم لم يكن كالمشتري من الغاصب، بل إنما يأخذه ربه بالثمن؛ فإن كان عينًا دفع مثله حيث لقيه أو حاكمه، إن كان مثليا أو عرضًا دفع إليه مثل ذلك في بلد الحرب، وإن كان الوصول إليها ممكنًا، كمن أسلف ذلك فلا يلزمه إلا مثله بموضع السلف، إلا أن يتراضيا على ما يجوز.

ابن يونس عن بعض شيوخه[٣]: وإن لم يمكن الوصول إليها فعليه هنا قيمة ذلك المكيل ببلد الحرب.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٣/ ٣٦).

(٢) «البيان والتحصيل» (٣/ ٣٦).

(٣) «الجامع» (٣ / ١١٠).

والاتفاق الذي حكاه المصنف حكاه ابن بشير.

وَفِي أَخْذِ مَا فُدِيَ مِنَ اللُّصُوصِ مَجَّانًا قَوْلانِ.

يعني: أنه اختلف إذا فدي شيء من أيدي اللصوص هل لا يأخذه ربه إلا بالثمن كالمشتري من يد العدو؟ أو يأخذه هنا بغير شيء؛ لأن اللص ليس له شبهة الملك بخلاف الحربي؟ والقولان ذكرهما ابن بشير ولم أرهما معزوين.

ابن راشد: والثاني أقيس.

وقال ابن عبد السلام: الذي مال إليه من أرضى من شيوخي الأول لكثرة النهب في بلدنا، فيعمد من له وجاهة عند الأعراب، فيفتك منهم ما ينهبونه بأقل من ثمنه، فلو أخذه مالكه بغير شيء انسد هذا الباب مع الحاجة إليه، وكثيرًا ما يسأل من هو منتصب لهذا هل تجوز له الأجرة؟ ولا شك في المنع إن دفع الفداء من عنده؛ لأنه سلف وإجارة ، وإن كان الدافع غيره ففي ذلك مجال للنظر.

وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ شَيْءٍ أَخَذَهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ.

يعني: فإن أخذه من دار الحرب بغير شيء، وفي معناه ما أخذه من اللصوص ، كما لو وهبه له الحربي، ولم يكافئه على ذلك، وأما إن كافأه فلا يأخذه إلا بذلك.

فَإِنْ بَاعَهُ الْمُعَاوِضُ مَضى ولِمَالِكه الزَّائِدُ إِنْ كَانَ، وخَرَّجَ اللَّخْمِيُّ تَمْكِينَهُ عَلَى الْغَنِيمَة، وَخَرَّجَهُ غَيْرُهُ عَلَى الْمَوْهُوبِ يُبَاعُ ، وفيه قَوْلانِ: الْمَشْهُورُ: كَالْمُعَاوِضِ، وقِيلَ: يَأْخُذُهُ بالثَّمَنِ، وَيَرْجِعُ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ لا غَيْرُ...

يدخل في قوله (**المعاوض**) المشتري والمكافئُ على الهبة، وقوله: (**مضَى**) أي: البيع، (**ولِمَالِكه الزَّائِدُ إِنْ كَانَ**) كما لو اشتراه بمائة وباعه بمائتين ، فلمالكه المائة الزائدة.

اللخمي: ويجري فيها قول بأنه لا يكون البيع فوتًا قياسًا على ما بيع في المغانم أن للمستحق أن يرد البيع؛ لأن للمالك في كل من الصورتين أخذ عين شيئه إذا وجده قبل البيع.

وفرق ابن بشير بقوة ملك المالك في مسألة الغنيمة وضعفه في مسألة الشراء، ألا ترى أنه يأخذه في مسألة الغنيمة قبل القسمة بغير عوض، ولا يأخذه في الشراء إلا بعوض،

ولهذا خرجه أبو عمران على الذي يهب له الحربي مال مسلم فيبيعه الموهوب له، فقال ابن القاسم: ليس لمالكه إلا الثمن الذي بيع به خاصة، وإليه أشار بقوله: **(المَشْهُورُ: كَالْمُعَاوِضِ)**، وقال ابن نافع: له نقض البيع، ولا يأخذه من يد مشتريه إلا بعد دفع الثمن، ثم يرجع المالك على البائع؛ أي: الموهوب له فيأخذ منه جميع الثمن.

وقوله: **(لا غَيْرُ)** أي: ليس على الموهوب له غلة، وعلى هذا فيكون قوله: فله جميع الثمن مفرعًا على عدم الإمضاء.

وجعل ابن راشد قوله: فله جميع الثمن لا غير مفرعًا على عدم القول بالإمضاء؛ أي: فإذا قلنا بإمضاء البيع فالموهوب الذي لم يكافأ عليه يرجع عليه المالك بجميع الثمن لا غير.

خليل: وقد يفرق بين الهبة والبيع بأن المعاوض بذل مالاً فقوي ملكه بخلاف الموهوب.

وَالْمُدَبَّرُ وَنَحْوُهُ إِن أُسْلِمَ لِلْمُعَاوِضِ اسْتُوفِيتْ خِدمَتُهُ ثُمَّ أُتْبِعَ إِنْ عَتَقَ بَجَمِيعِ الثَّمَنِ، وقِيلَ: بِمَا بَقِيَ...

قوله: **(وَنَحْوُهُ)** أي: المعتق إلى أجل، وقد تقدم في المدبر يقع في المقاسم، والمفدى من العدو ثلاثة أقوال، ولم يقدم المصنف في الواقع في المقاسم قولاً بإتباعه بجميع الفداء، وظاهر كلام المصنف: أن إتباعه بالجميع هنا هو المشهور، ولم أرَ من شهره.

وعن ابن الماجشون: الفرق بين المدبر يقع في المقاسم، فلا يتبع إن خرج حرا، ولا الجزء العتيق إن خرج بعضه كالحر لا يتبع في الفيء، وبين من اشترى من بلد الحرب فيتبعه مشتريه بما بقي له بعد أن يحاسبه بقيمة خدمته وما استغل، قال: لأن الحر في هذا يتبع.

محمد بن المواز: وهو صواب، ولا يأخذ أكثر مما أعطي فيدخله الربا، وقريب مما قاله ابن الماجشون ما ذكره ابن سحنون إلا أنه قال: لا يحاسبه بشيء مما استخدمه، ويتبعه بجميع الثمن، وقال: ولم يأخذ به سحنون.

وفي المدبر الواقع في المقاسم قول بأنه لا يتبع بشيء، فانظر هل يجري هنا؟

فَإِنْ قَدِمَ بِأَمْوَالِ مُسْتَأْمَنُونَ فَفِي كَرَاهَةِ شِرَائِهَا لِغَيْرِ مَالِكِهَا وَاسْتِحْبَابِهِ قَوْلانِ.

يعني: إذا قدم الحربيون بأمان ومعهم أموال المسلمين، فكره في «المدونة» لغير أربابها شراءها واستحبه في «الموازية»، وهو إنما يتوجه على أن ربها يأخذها بالثمن فيكون شراؤها سببًا لخلاصها ولا سيما إذا انضم إلى ذلك رخص في السلع.

واختلف في تعليل الكراهة، فقيل: لأن في ذلك تقوية بثمنها، وقُدحِ فيه بأنه يقتضي الكراهة في شراء سلعهم ، وقيل: لما في ذلك من إغراء الحربيين على أموال المسلمين، وعلى هذا فالكراهة أيضًا في حق أربابها، وقيل: لأن شراءها يفوتها على ربها، فإن ابن القاسم نص في «المدونة»[١] على أنه إذا اشترى من المستأمن أحد أنه لا يكون لربه أخذه ولو بالثمن، بخلاف ما يشتري من الحربي ببلد الحرب.

قال في «المدونة»[٢] : لأن الحربي لو وهب عبيدًا لمسلم في بلد الحرب، فقدم بهم كان لربهم أخذهم بغير ثمن.

والذي قدم إلينا بأمان لو وهبهم لأحد لم يأخذهم سيدهم، وإلى هذا الفرع أشار المصنف بقوله:

وَإِن اشْتُرِيَتْ أَوْ وُهِبَتْ فَالْمَشْهُورُ: كَالْمِلْكِ الْمُحَقَّقِ لا كَالأَوَّلِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الأَمَانَ يُحَقِّقُ الْمِلْكَ أَوْ لا...

قد علمت أن المشهور هو ما في «المدونة»، ومقابل المشهور أنه كالأول؛ أي: كالمشتري من بلد الحرب فيأخذه ربه في الشراء بالثمن، وفي الهبة بغير شيء، وهو الذي يأتي على مذهب «الموازية» في الفرع السابق، وهو مذهب القاضي إسماعيل؛ لأنه قال: لم يحكِ ابن القاسم هذه المسألة عن مالك، والذي يشبه على مذهب مالك: أن لصاحبه أن يأخذه في الشراء بالثمن، وفي الهبة بلا ثمن واستحسنه اللخمي.

والفرق لابن القاسم: هو ما أشار إليه المصنف من أن الأمان يحقق الملك.

وَأَمَّا لَوْ أَسْلَمُوا تَحَقَّقَ الْمِلْكُ اتِّفَاقًا.

يعني: وأما لو أسلم المستأمنون تحقق ملكهم لما بأيديهم من أموال المسلمين بالاتفاق تأليفًا لهم على الإسلام.

---

(١) «المدونة» (٣/ ٢٤).

(٢) «المدونة» (٣/ ٢٤).

والْمَنْصُوصُ فِي أَحْرَارِ الْمُسْلِمِينَ نَزْعُهُمْ لَوْ أَسْلَمُوا عَلَيْهِمْ خِلافًا لابْنِ شَعْبَانَ.

لأن الحر لا يسترق، فإذا أسلم المستأمن وبيده أسارى من أحرار المسلمين انتزعوا، وخالف في ذلك ابن شعبان وأحمد بن خالد؛ وهو قول مشكل، ولا وجه له.

وعلى الأول فظاهر كلام المصنف، وهو ظاهر الروايات أنه يأخذه بغير عوض، وقال أبو إبراهيم من الأندلسيين: إنه بعوض.

بِخِلافِ الرَّقِيقِ، وبِخلافِ الذِّمِّيِّ.

أما الرقيق فلأنهم أموال من أموال المسلمين كالسلع، وما ذكره المصنف في الذمي هو مذهب ابن القاسم، وقال أشهب: هو بذمته كالمسلم فلا يسترق.

ابن راشد: والأول أصح؛ لأن بالذمة حقا له علينا، ولم تعقد له الذمة على من كان بأرض الحرب.

وأُمُّ الوَلَدِ تُفْدَى، والْمُدَبَّرُ ونَحْوُهُ كَالْمِلْكِ الْمُحَقَّقِ، ثُمَّ يُعْتَقُونَ مِنَ الثُّلُثِ، أَوْ بَعْدَ الأَجَلِ لأَنَّهُمْ لا يُتْبَعُونَ بِشَيْءٍ ولا قول لِلْوَرَثَةِ..

يعني: أن سيد أم الولد يفديها من المستأمن بقيمتها لقوة شبهها بالحرة، ونحو المدبر المعتق إلى أجل ، يبين لك ذلك قوله بعد هذا (**ثُمَّ يُعْتَقُونَ مِنَ الثُّلُثِ، أَوْ بَعْدَ الأَجَلِ**) يعني: وأما إن كان بيد المستأمن الذي قد أسلم مدبرٌ أو معتقٌ إلى أجل فإنه يكون فيهم كالمالك المحقق، وليس لسيدهما خيار، فإذا مات سيد المدبر، والثلث يحمله كان حرا، ولو كان على السيد دين يستغرقه كان رقيقًا للمستأمن، وإن لم يكن له مال غيره عتق ثلثه ورق ثلثاه، وكذلك إذا انقضى الأجل عتق.

والضمير في (**يُعْتَقُونَ**) عائد على المدبر ونحوه؛ لأن المراد بكل واحد الجنس.

وقوله: (**مِنَ الثُّلُثِ، أَوْ بَعْدَ الأَجَلِ**) الأول راجع إلى الأول، والثاني إلى الثاني؛ أي: يعتق المدبر من الثلث، والمعتق إلى أجل بعد الأجل ، ولا يتبعون بعد العتق بشيء؛ لأنه ملك الخدمة فقط.

وفي كلام المصنف حذف مبتدأ تقديره: وهو في المدبر ونحوه كالملك المحقق.

فَلَوْ قَدِمُوا بِمُسْلِمِينَ أَحْرَاراً أَوْ أَرِقَّاءَ فَثَالِثُهَا : يُجْبَرُونَ عَلَى بَيْعِ الإِنَاثِ.

القول بإجبارهم على البيع مذهب أصحاب مالك إلا ابن القاسم.

ابن الماجشون: ويعطون في كل مسلم أوفر قيمة.

ومقابله لابن القاسم في «الموازية» قال: لا يمنعون من الرجوع بهم، ولا من وطء الإماء.

والثالث: حكاه سحنون عن ابن القاسم، وأجروا هذا الخلاف إذا أسلم عبيدهم ، أو عوهدوا على أن من جاء مسلمًا رُدَّ إليهم.

ابن يونس(١): وأنكر رجل من أهل المدينة ـ يقال له: داود ـ القولَ بعدم الجبر، فبلغ ذلك مالكا فاحتج بما رواه البخاري ومسلم «أنه ﷺ قاضى أهل مكة عام الحديبية على أن من أتى من أهل مكة مسلما رده إليهم فهرب أبو جندل بن سهل وهو مسلم حتى أتى رسول الله ﷺ فطلبه أبوه في مكة فرده رسول الله ﷺ وقال: إنا لا نخفر بالعهد»(٢) .

مالك: فكذلك حجة الحربي أن يقول: عهدي لا ينتقض، واستصوب جماعة القول الأول؛ لأنا وإن أعطيناهم الأمان فما أعطيناهم ذلك إلا مع إقامة شرعنا، ومن إقامته تخليص المسلمين ، ولا كبير مضرة عليهم إذا أخذوا قيمتهم، ويجاب عن الحديث بأن ذلك كان في أول الإسلام، وقبل أن يكثر المسلمون.

اللخمي: ولا يجوز ذلك اليوم بعد ظهور الإسلام، لأن فيه وهنًا للمسلمين وإذلالاً لهم.

وَلَوْ سُرِقُوا فِي مُعَاهَدَتِهِمْ ثُمَّ عَادُوا بِهِ، فَثَالِثُهَا: إِنْ عَادَ بِذَلِكَ غَيْرُهُمْ لَمْ يُنْتَزَعْ .

تصوره ظاهر.

قال في «البيان» (٣) : والأصح أن ينزع، ونص في «المدونة» على أنه يقطع إن سرق، ويقتل إن قتل، وإلى ذلك ذهب ابن الماجشون وأصبغ وابن حبيب وابن المواز أنه يؤخذ المستأمن بما أحدث، فإن استكره المسلمة قتل، وإن سرق قطع، وإن قذف حرا حد، وإن زنى بمسلمة طوعًا عوقب.

ابن حبيب: عقوبة يشرف بها على الموت ، وعن أشهب: أنه لا يحد ولا يقطع،

---

(١) «الجامع » (٣ / ١٣٠).

(٢) أخرجه البخاري (٣٠١٠)، ومسلم (١٧٨٥) من حديث سهل بن حنيف.

(٣) «البيان والتحصيل» (٣/ ٢٥).

قيل: ويقام عليه حد الحرابة اتفاقًا ويعاقب.

مالك وغيره: وإن أخصي عبده لا يعتق عليه، وكأنه أخصاه ببلده.

ابن المواز: وإن لم يقم على الحربي حتى هرب إلى بلد الحرب، ثم عاد بأمان ثانٍ فيؤخذ بما تقدم ولا يزيله أمانه الثاني.

السَّبْيُ يَهْدِمُ النِّكَاحَ إلا إذَا سُبِيَتْ بَعْدَ أَنْ أَسْلَمَ الزَّوْجُ وهُوَ حَرْبِيٌّ أَوْ مُسْتَأْمَنٌ فَأَسْلَمَتْ، فَإِنْ لَمْ تُسْلِمْ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا لأَنَّهَا أَمَةٌ كتَابيَّةٌ، وهيَ ووَلَدُهَا ومَالُهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَيْءٌ، وقِيلَ: وَلَدُهُ الصِّغَارُ تَبَعٌ وكَذَلِكَ مَالُهُ إلا أنْ يُقَسَمَ فَيَسْتَحِقَّهُ بِالثَّمَنِ...

أما ما يتعلق بهدم النكاح فسيأتي في النكاح إن شاء الله تعالى،فإن المصنف كرر هذا الفصل بعينه هناك، وأما هي فلا خلاف أنها فيء قاله ابن بشير، وأما ولده وماله فالمشهور: أنهما فيء، وهو مذهب «المدونة».

سحنون: وقال بعض الرواة: إن كان ولده صغارًا فهم تبع لأبيهم، وكذلك ماله إن أدركه قبل القسم أخذه، وإن قسم فهو أحق به بالثمن.

وهذا هو القول الثاني الذي ذكره المصنف، وذكر ابن حارث قولاً ثالثًا في المال إن ضموه إلى أموالهم لأجل إسلامه كان فيئًا، وإن تركوه فهو له، وإن قسم أخذه بالثمن.

وحكى ابن بشير في الأولاد قولاً بأنهم تبع صغارًا كانوا أو كبارًا، واختلف شراح «المدونة» في فهمها لقوله فيها: وإذا أسلم ثم غزا المسلمون بلاده، فغنم المسلمون ماله وولده قال: هم فيء.

قال التونسي: معناها أنه خرج ، وأما إن لم يخرج فينبغي أن يتبعه ولده وماله؛ لأن غيره لم يحزه، وقد بقيت يده على ماله وولده.

وقال اللخمي: ظاهر قوله: أنهم فيء وإن لم يخرج إلينا وعلى الأول اختصره [البراذعي][1] وأشار بعضهم إلى أن الخلاف في أولاده مقصور على ما تزايد منه قبل إسلامه، وأما ما حدث من وطء بعد إسلامه فلا يسترق اتفاقًا.

وإذَا سُبِيَتِ الْمُسْلِمَةُ فَوَلَدَتْ أَوْلادًا ثُمَّ غُنِمَتْ بِهِمْ فَثَالِثُهَا: الْمَشْهُورُ: الصِّغَارُ أَحْرَارٌ

---

(١) في ط : البرادعي ، بالدال المهملة، والمثبت هو الصواب.

والْكِبَارُ فِيْءٌ...

يعني: إذا أسر العدو حرة مسلمة ، ثم غنمت بعد أن حصل لها في دار الحرب أولاد، فلا إشكال في حريتها، واختلف في أولادها، فلمالك في «الواضحة»: أنهم تبع وإن كانوا كبارًا ويجبرون على الإسلام فمن أبى أجبر، فإن تمادى قتل كالمرتد؛ لأن الولد يتبع أمه في الحرية.

وقال أشهب: الجميع فيء لأنهم نشؤوا عن وطء فاسد، وحكى سحنون عنه مثل القول الأول.

والثالث: التفرقة وهو مذهب «المدونة» والمشهور؛ لكن شرط في «المدونة» [1] في ولدها الكبار، وفي ولد الذمية الكبار إن قاتلوا فحملها ابن أبي زيد على ظاهرها، وأن الكبار إذا لم يقاتلوا كالصغار.

ورأى ابن شبلون: أن هذا الشرط لا مفهوم له، وأن المقصود أن يكونوا على حال يمكن منهم القتال.

وَأَمَّا الذِّمِّيَّةُ فَفِي صِغَارِ أَوْلادِهَا قَوْلانِ، بِخِلافِ كِبَارِهِمْ.

ظاهره: نفي الخلاف عن الكبار، وبذلك صرح ابن بشير.

ابن عبد السلام: وحكى بعضهم في الكبار قولاً بالتبعية، والمشهور في الصغار أنهم تبع.

وأَمَّا الأَمَةُ فالْمَشْهُورُ: أَوْلادُهَا لِمَالِكِهَا، وثَالِثُهَا: مَا وَلَدَتْهُ مِنْ زَوْجٍ لِمَالِكِهَا، وَما وَلَدَتْهُ مِنْ غَيْرِهِ فَيْءٌ...

وجه المشهور : أن الولد تابع لأمه في الرق والحرية، والقول بأنهم فيء مطلقًا لابن الماجشون تغليبًا للدار، والتفرقة لسحنون؛ لأنه إنما تتحقق تبعية الولد للأم إذا كان من تزويج ، وأما إذا كان من غير تزويج فكأن الأب وطئ بحكم الملك، ومن وطئ بحكم الملك كان ولده تبعًا له دون أمه.

وَعَبْدُ الْحَرْبِيِّ يُسْلِمُ ويَفِرُّ إِلَيْنَا حُرٌّ.

---

(١) «المدونة» (٣/ ٢٢).

لأنه غنم نفسه، ولا خلاف فيه. قال في المدونة: وإن قدم معه بمال فهو له ولا يخمس.

وَكَذَلِكَ لَوْ بَقِيَ حَتَّى غُنِمَ عَلَى الْمَشْهُورِ.

يعني: بعد إسلامه ببلده حتى دخل المسلمون بلادهم فغنموه، فكذلك يكون حرا على المشهور كما لو خرج إلينا.

وقال ابن حبيب: وهو رقيق للجيش.

ابن يونس[١]: وهو أقيس.

ولا يَكُونُ بِمُجَرَّدِ الإِسْلامِ حُرًّا خِلافًا لأَشْهَبَ وسَحْنُونٍ.

خليل: تظهر فائدة هذا الخلاف لو أسلم العبد فأعتقه سيده، هل يكون ولاؤه له إن أسلم أو لا؟ وكذلك تظهر ثمرة الخلاف لو باعه بإثر إسلامه لمسلم، والمشهور مذهب «المدونة»[٢] ففيها: ومن أسلم من عبيد الحربيين لم يزل ملك سيده عنه إلا أن يخرج العبد إلينا، أو ندخل نحن إلى بلادهم فنغنمه وسيدُه مشركٌ فيكون حرا، ولا يرد إلى سيده إن أسلم سيده بعد ذلك.

وقد أعتق النبي ﷺ عبيد أهل الطائف لخروجهم مسلمين، وابتاع أبو بكر بلالاً فأعتقه ، والدار دار شرك ، فلو انتقل ملك ربه عنه كان ذلك فداء، ولم يكن ولاؤه لأبي بكر رضي الله تعالى عنه.

وقال أشهب : إسلام العبد بدار الحرب يزيل ملك سيده، خرج إلينا أو أقام ولم يخرج، وإن اشترى كان كالحر المسلم يفدى، انتهى.

قوله (**وقد أعتقى النبي ﷺ عبيد أهل الطائف**) فهموه على أن النبي ﷺ حكم بحريتهم لا أنه أنشأ فيهم العتق.

وَلَوْ خَرَجَ مُسْلِمًا وتَرَكَ سَيِّدَهُ مُسْلِمًا فَهُوَ رِقٌّ لَهُ.

هكذا قال في «المدونة» [٣] ، وهو ظاهر إن أسلم هو وسيده معًا، أو سبق إسلام

---

(١) «الجامع» (٣/ ١٣٠ ـ ١٣١).
(٢) «المدونة» (٣/ ٢٣).
(٣) «المدونة» (٣/ ٢٣).

سيده، وأما إن أسلم قبل سيده فالجاري على أصل أشهب وسحنون أنه لا يكون رقا له.

وإِنْ خَرَجَ الذِّمِّيُّ نَاقِضا لِلْعَهْدِ فَحَرْبِيٌّ.

يعني: خرج طالبًا للسكنى ببلد الحرب ـ أي: تاركًا للعهد ـ فحربي، ويقتل، ولا خلاف في ذلك.

وَإِنْ أُسِرَ فَفِي اسْتِرْقَاقِهِ قَوْلانِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الذِّمَّةَ تَقْتَضِي الْحُرِّيَّةَ بِدَوامِ الْعَهْدِ أَوْ أَبَدًا...

أي: فإن أسر هذا الذمي الناقض للعهد، فقال مالك وابن القاسم: يسترق، وهو المشهور.

قال في «البيان»(١) : واتفق على ذلك أصحاب مالك إلا أشهب فإنه قال: لا يسترق، ومنشأ الخلاف ما ذكره المصنف وتصوره بيِّن .

اللخمي: وقول أشهب ليس بحسن، وقد حاربت قريظة بعد أن عاهدهم رسول الله ﷺ فقتل الرجال وسبى الذرية والنساء.

قال في «البيان»(٢) : ولا حجة في ذلك عندي؛ لأن الذي كان بين النبي ﷺ وبين قريظة وغيرهم من اليهود إنما كان مهادنة ومعاهدة، ولم يكونوا أهل ذمة، ورجح قول ابن القاسم بأن الذمي إذا أكره مسلمة على الزنا يقتل ولو كانت الذمة تقتضي التأبيد لم يقتل.

واختلف على المشهور في الزمنى والشيوخ، ففي «العتبية»: لا يستباحون.

وقال ابن الماجشون وأصبغ وابن حبيب: يستباحون .

قال في «البيان»: والخلاف إنما هو إذا جهل رضاهم بذلك.

فَإِنْ نَقَضُوا لِظُلْمٍ لَحِقَهمْ لَمْ يُسْتَرَقُّوا عَلَى الْمَشْهُورِ.

المشهور مذهب «المدونة» والشاذ للداودي، ووجهه: بأنهم ناقضون لأنا لم نعاهدهم على أنهم يظلمون المسلمين إذا ظلموهم، وفيه ضعف؛ لأن من فر بسبب ظلم لا يكون ظالمًا حقيقة ولا مجازًا، وعلى هذا فإطلاق المصنفِ النقضَ عَلى خُروجهم إنما هو مجاز، والعلاقة المشابهة.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٣/ ٣٨).

(٢) «البيان والتحصيل» (٣/ ٣٨).

وَلا يُسْتَرَقُّونَ بِالْحِرَابَةِ عَلَى الْمَشْهُورِ.

قال في «المدونة»[١] : وإن خرج قوم من أهل الذمة محاربين متلصصين، فأخافوا السبيل وقتلوا، حكم فيهم بحكم الإسلام إذا حاربوا.

والقول بالاسترقاق لابن مسلمة، ووجهه التونسي: بإكراه المسلمة على الزنا فإنه نقض، والحرابة وقتل النفس أشد.

وَلَوْ أَسْلَمَ جَمَاعَةٌ ثُمَّ ارْتَدُّوا وَحَارَبُوا كَأَهْلِ الرِّدَّة من الْعَرَبِ فَفِي كَوْنِهِمْ كَالْمُرْتَدِّينَ أَو كَالْمُحَارِبِينَ قَوْلَانِ لابْنِ القَاسِمِ وأَصْبَغَ ، وَخَالَفَ عُمَرُ أَبَا بَكْرٍ ـ رضِيَ الله تعالَى عَنْهُمَا ـ فَرَدَّ النِّسَاءَ والصِّغَارَ مِنَ الرِّقِّ إِلَى عَشَائِرِهِمْ، وَعَلَيْهِ الأَكْثَرُونَ..

يعني: إذا أسلم جماعة أو أهل حصن ثم ارتدوا وحاربوا، وظفرنا بهم، فقال ابن القاسم في «الواضحة»: حكمهم كالمرتدين في المال والدم، يستتاب كبارهم،ويجبر صغارهم على الإسلام إذا بلغوا من غير استتابة.

وقال أصبغ: ليسوا كالمرتدين وهم كالحربيين؛ لأنهم جماعة فهم كأهل النكث؛ لأن المرتد إنما كالواحد وشبهه.

ابن يونس[٢]: وقول أصبغ ليس بحسن؛ لأن أهل النكث إنما هم أهل الذمة، ونحن نسترقهم إذا ظفرنا بهم، ولعمري إنه لأمر خالف فيه عمر أبا بكر رضي الله تعالى عنهما في أهل الردة من العرب فجعلهم أبو بكر كالناقضين، فقتل الكبار وسبى ذراريهم ، وجعلهم عمر كالمرتدين فرد النساء والصغار من الرق إلى عشائرهم، وعلى هذا جماعة العلماء وأئمة السلف إلا القليل منهم. انتهى مختصراً.

وهذا الكلام ككلام المصنف سواء، والظاهر أن عمر لم يخالف في حياة أبي بكر ولا بعد مماته، أما الحياة فلأنه كان وزيره ومستشاره ، وأما الممات فلأنه إنما فعل ذلك تطييبًا لنفوس المسلمين؛ لأن الواحد منهم يرى ابنته وزوجته مملوكة لغيره مع مساواته له في النسب أو الشرف، وفي ذلك من المشقة وتغيير النفوس ما هو معلوم، وقيل: إنما فعل ذلك عمر رضي الله تعالى عنه بعوض، ولابد من التأويل بهذا أو ما يشبهه، وإلا كان نقضًا لحكم أبي بكر رضي الله تعالى عنه وهو باطل بلا إشكال.

---

(١) «المدونة» (٣/ ٢٧).   (٢) «الجامع» (٣ / ١٣٦).

كتاب النكاح

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

النِّكاح: حقيقته التداخل، يقال: تناكحت الأشجار إذا دخل بعضها في بعض ، ونكح البذر الأرض، ويطلق في الشرع على العقد والوطء، وأكثر استعماله في العقد، قال الله تعالى: ﴿ وَلا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ ﴾ [النساء:٢٢] ﴿ وَلا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة:٢٢١]، ﴿ وَلا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ﴾ [البقرة:٢٢١]، ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ ﴾ [النساء:٣]، ﴿ فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ [النساء:٢٥]، وقد ورد أيضًا بمعنى الوطء في قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، وقوله تعالى: ﴿ الزَّانِي لا يَنكِحُ إِلاَّ زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً﴾ الآية [النور:٣]، على خلاف في تأويلها بين العلماء، قيل: وورد بمعنى الصداق في قوله تعالى: ﴿ وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لا يَجِدُونَ نِكَاحًا ﴾ [النور:٣٣].

عياض: والصحيح أن المراد هنا العقد؛ أي: لا يقدرون على الزواج لعسرهم.

وأما في اللغة، فقال ابن راشد: لا خلاف أنه حقيقة في الوطء ، واختلف في إطلاقه على العقد، فقيل: بطرق الحقيقة، وقيل: بطريق المجاز، وهو أصح لأن المجاز خير من الاشتراك.

واختلف في هذا المجاز، فقال التلمساني في «شرح المعالم الفقهية»: هو مساو للحقيقة.

وقيل: مجاز راجح، وهو الصحيح.

وحكى ابن عبد السلام خلافًا بين أهل الشرع واللغة، هل هو حقيقة في كل واحد منهما؟ أو في أحدهما؟ وما هو على الحقيقة ؟ قال: والأقرب أنه حقيقة لغة في الوطء مجاز في العقد وفي الشرع على العكس.

خليل: ويمكن أن يحمل قول من قال: إنه حقيقة في العقد، على أنه مجاز راجح كما هو المختار في الحقيقة الشرعية كما تقرر في محله فيتفق نقله ونقل ابن راشد، والله أعلم.

وحكم النكاح: الندب من حيث الجملة، وقد يجب على من لا ينكف عن الزنا إلا به، ويكره في حق من لا يشتهيه وينقطع به عن عبادته، وفي «المقنع» لابن بطال[1]: يكره لمن لا يجد طولاً ولا حرفة له ولا صناعة.

ابن بشير: ويحرم على من لا يخشى العنت، وكان يضر بالمرأة في عدم قدرته على الوطء، أو على النفقة، أو يتكسب بموضع لا يحل.

اللخمي: ويباح لمن لا ينسل ولا أرب له في النساء، وأشار إلى أن المرأة مساوية للرجل في هذه الأقسام.

وفي النكاح فوائد أربع:

الأولى: دفع غوائل الشهوة عنه.

والثانية: التنبيه باللذة الفانية على اللذة الدائمة؛ لأنه إذا ذاق هذه اللذة وعلم أنه إذا عمل الخير نال ما هو أعظم سارع في فعل الخيرات لما هو من جنس تلك اللذة، ولما هو أعظم وأتم وأبقى وهو اللذة بالنظر إلى وجه الله تعالى.

والثالثة: المسارعة في تنفيذ إرادة الله تعالى ورسوله، أما إرادة الله ـ عز وجل ـ فإنه أراد بقاء الخلق إلى يوم القيامة ولا يحصل ذلك إلا بالنكاح، وأما إرادة رسوله ﷺ فلقوله ﷺ: **«تناكحوا تناسلوا، فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة»**[2].

والرابعة: بقاء الذِّكر ورفع الدرجات بسبب دعاء الولد الصالح، والله أعلم.

أَرْكَانُهُ: الصِّيغَةُ، وَالْوَلِيُّ، وَالزَّوْجُ، وَالزَّوْجَةُ، وَالصَّدَاقُ، الصِّيغَةُ: لَفْظٌ يَدُلُّ عَلَى التَّأْبِيدِ مُدَّةَ الْحيَاةِ كَأَنْكَحْتُ وَزَوَّجْتُ، وَمَلَّكْتُ وَبِعْتُ، وَكَذَلِكَ وَهَبْتُ بِتَسْمِيَةِ الصدَاقِ...

يعني: أن أركان النكاح خمسة، ثم أخذ يتكلم على الأول منها.

وما ذكره المصنف في الصيغ نحوه لابن شاس[3]، ومقتضاه: أنه لا ينعقد بالإشارة

---

(١) وانظر أيضًا «شرح صحيح البخاري» (٧ / ٢٦٦) لابن بطال.

(٢) أخرجه ابن ماجة (١٨٤٦)، من حديث عائشة ـ رضي الله عنها ، وحسنه الألباني ـ رحمه الله.

(٣) «الجواهر» (٢/ ٧).

والكتابة ونحو ذلك، وهو مقتضي كلامه في «الإشراف».

وكذلك قال في «الاستذكار»[١] : النكاح يفتقر إلى التصريح ليقع الإشهاد عليه ولا خلاف في انعقاده بأنكحت وزوجت، قال المغيرة: ولا ينعقد بغيرهما، واختلفت طرق الشيوخ في نقل المذاهب فيما عداهما، فذهب ابن القصار وعبد الوهاب في «الإشراف»، والباجي[٢]، وابن العربي في «أحكامه»[٣] : إلى أنه ينعقد بكل لفظ يقتضي التأبيد دون التوقيت، فينعقد بملكت وبعت كما ذكر المصنف.

وأشار الباجي[٤] في توجيهه لذلك إلى أنه قول مالك.

واستدل جماعة لذلك بما في الصحيح من قوله ﷺ: «**ملكتكها بما معك من القرآن**»، وفي رواية: «**أنكحناكها**»[٥] .

وذهب صاحب «المقدمات»[٦] إلى أنه لا ينعقد بما عدا أنكحت وزوجت إلا لفظ الهبة فاختلف فيه قول مالك، فروي عنه أنه لا ينعقد بها، وروي عنه أنه ينعقد ويلزم فيه صداق المثل كنكاح التفويض، وقد روى ابن حبيب نحوه عن مالك. انتهى بمعناه.

ومقتضى ما نقله من رواية ابن حبيب أنه يصح ، وإن لم يسم صداقًا، ونقل في «الإكمال» عن مالك أنه لا ينعقد بلفظ الهبة.

ابن المواز: وسواء سمي الصداق أم لا.

ومذهب «المدونة»: أنه لا ينعقد بلفظ الهبة إلا بتسمية الصداق كما ذكر المصنف، ويلحق بها في اشتراط التسمية الصدقة من باب أولى؛ لأن هبة الثواب أحد قسمي الهبة، والصدقة لا عوض لها أصلاً.

ابن القصار: وسواء عندي ذكر المهر في لفظ الهبة والبيع أو لم يذكر إذا علم أنهم قصدوا النكاح.

فانظر هل ما قاله مخالف لما قاله المصنف في لفظ الهبة أم لا؟ لأن قوله: إذا علم أنهم

---

(١) «الاستذكار» (٥/ ٤٠٩).
(٢) «المنتقى» (٣ / ٢٧٥).
(٣) «أحكام القرآن» (٣ / ٤٩٦).
(٤) «المنتقى» (٣ / ٢٧٥).
(٥) أخرجه البخاري (٤٧٤٢)، ومسلم (١٤٢٥)، من حديث سهل بن سعد ـ رضي الله عنه.
(٦) «المقدمات» (١/ ٢٥١).

قصدوا به النكاح يقتضي ثبوت الصداق فكان ذلك بمنزلة ذكره، وكذلك قال ابن راشد: لا ينبغي أن يعد قول ابن القصار خلافًا.

ابن القصار: قال بعض أصحابنا : ويجوز بلفظ التحليل.

وقال الطرطوشي في لفظ الإباحة: قال بعض أصحابنا: إن قصد به النكاح صح.

وقوله: (**عَلَى التَّأْبِيدِ مُدَّةَ الْحيَاة**) احترز بذلك من العارية والرهن والوصية، فإنه لا ينعقد بذلك، نص عليه ابن القصار وعبد الوهاب لاقتضاء الأولين التمليك والتوقيت والثالث التوثق دون التمليك وعدم لزوم الرابع.

تنبيهان:

الأول: قد يقال: إن حد المصنف للصيغة غير مانع لشموله مثل: (وقفت وحبست على فلان أو أعمرته) لدلالة ذلك على التأبيد مدة الحياة.

الثاني: ما ذكره المصنف من أن الصيغة لفظ يدل على التأبيد مدة الحياة صحيح كما بيناه.

واعترضه ابن عبد السلام بما حاصله: أنه لا يشترط دلالة الصيغة على التأبيد بل ألا تدل على التوقيت، وذكر أن ذلك هو الذي يؤخذ من كلام أهل المذهب.

وذلك أعم من كونها دلالة على التأبيد، وفيه نظر؛ لأن عبد الوهاب صرح في «الإشراف»[1] بما ذكر المصنف وكذلك غيره، والله أعلم.

وَمِنَ الزَّوْجِ مَا يَدُلُّ عَلَى الْقَبُولِ.

قوله: (**مَا يَدُلُّ عَلَى الْقَبُول**) أي: دون صيغة معينة.

ابن عبد السلام: وكذلك الإشارة.

خليل: ولا أعلم نصا في الإشارة، والظاهر: أنها لا تكفي من جهة الزوج .

أما أولاً: فلأن النكاح لابد فيه من الشهادة، ولا يمكن إلا مع التصريح من الولي والزوج ليقع الإشهاد عليهما.

وأما ثانيًا: فلأن قول المصنف (**وَمِنَ الزَّوْجِ**) معطوف على مقدر تقديره: الصيغة من جانب الولي كذا، ومن جهة الزوج كذا.

فكان قوله: (**وَمِنَ الزَّوْجِ**) خبر عن (**الصِّيغَةُ**) فلا يصدق على الإشارة.

---

(١) «الإشراف» (٢/ ٦٩٦).

وعلى هذا فالظاهر أن مراده بقوله: (**مَا يَدُلُّ**) كل لفظ، ولا يشترط فيه تعيين كما في صيغة الإيجاب، **فإن قيل**: المصنف قد يجعل الإشارة من الصيغة كقوله في باب الوصايا: الصيغة كل لفظ أو إشارة يفهم منها قصد الوصية، **قيل**: هذا مجاز، والأصل عدمه.

ابن شاس(١) : ويكفي أن يقول الزوج: قبلت، إذا تقدم من الولي الإيجاب، ولا يشتري أن يقول قبلت نكاحها.

فَلَوْ قَالَ: زَوِّجْنِي ؛ فَقَالَ: فَعَلْتُ، لَزِمَ ، وَلَوْ قَالَ: لا أَرْضَى؛ لَمْ يَنْفَعْهُ بِخِلافِ الْبَيْعِ فَإِنَّهُ يَحْلِفُ..

يعني: أنه ينعقد بالاستيجاب كما ينعقد بالإيجاب، وهكذا قال صاحب «الجواهر»(٢)؛ لأن قوله: (**زوِّجْنِي**) طلب للتزويج، وهو يقتضي رضاه بالتزويج، وقول الولي: (**فَعَلْتُ**) يقوم مقام الإيجاب، وهو قوله: زوجتك.

ويؤخذ من كلام ابن عبد السلام أنه فهم من قوله (**لا أَرْضَى**) أن الزوج إن شاء ما يقتضي الرضا بعد قول الولي: (**فَعَلْتُ**) وليس بظاهر؛ لأنا قد بينا أن قول الزوج: (**زَوِّجْنِي**) يقوم مقام الرضا، وستأتي مسألة البيع التي أشار إليها المصنف في بابها إن شاء الله تعالى.

والفرق بين النكاح والبيع من وجهين:

أحدهما: أن هزل النكاح جد على المشهور.

والثاني: أن العادة جارية بمساومة السلع وإيقافها للبيع في الأسواق، فناسب ألا يلزمه ذلك في البيع إذا حلف لاحتمال أن يكون قصد معرفة الأثمان، ولا كذلك النكاح، والله أعلم.

وَالْخطْبَةُ مُسْتَحَبَّةٌ ، وَمَا قَلَّ أَفْضَلُ.

ابن راشد: الخطبة بضم الخاء واحدة الخطب، وأما بكسرها: فهي عبارة عن استدعاء النكاح وما يجري من المحاورة وهي مشروعة في العقد، وما قل منها أفضل.

قال بعض الأكابر: أقلها أن يقول الولي: الحمد لله والصلاة على رسوله والسلام،

---

(١) «الجواهر» (٢/ ١١).

زوجتك على كذا ، ويقول الزوج: الحمد لله والصلاة على رسوله والسلام، قبلتُ نكاحها.

وفي «الذخيرة»(١) : قال صاحب «المنتقى»(٢): تستحب الخطبة - بالضم - عند الخطبة - بالكسر - وصفتها: أن يحمد الله تعالى ويثني عليه ويصلي على نبيه عليه الصلاة والسلام ثم يقول: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلا تَمُوتُنَّ إِلاَّ وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ ﴾ [آل عمران: ١٠٢]، ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾ [النساء: ١] . ﴿اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلاً سَدِيداً ﴾ [الأحزاب: ٧٠] ، ثم يقول: أما بعد، فإن فلانًا قد رغب فيكم وانطوى إليكم، وفرض لكم من الصداق كذا.

وفي «الجواهر»(٣) : تستحب عند العقد، انتهى.

أو إنما استحب ذلك لما رواه الترمذي وغيره من قوله عليه الصلاة والسلام: «**كل أمر ذي بال لا يبتدأ فيه بحمد الله فهو أجذم**»، أي: ناقص.

وتقليلها أفضل؛ لأن كثرتها من التشدق المنهي عنه لا سيما إن صحب ذلك فخر ومدح للمتزوجين وآبائهما بما ليس فيهم.

الْوَلِيُّ الْمَالِكُ، ثُمَّ الأَبْنُ وَإِنْ سَفَلَ، ثُمَّ الأبُ، ورُوِيَ: الأَبُ، ثُمَّ الابْنُ، ثُمَّ الأَخُ، ثُمَّ ابْنُهُ، ثُمَّ الْجَدُّ ، قَالَ الْمُغِيرَةُ: الْجَدُّ أَوْلَى مِنَ الأخِ وابْنِهِ ، ثُمَّ الْعَمُّ، ثُمَّ ابْنُهُ عَلَى تَرْتِيبِهِمْ فِي الإرْثِ...

هذا هو الركن الثاني، وخالفنا في ذلك أبو حنيفة ، فلم ير الولي ركنًا، ودليلنا: ما رواه الدارقطني وصححه من حديث أبي هريرة - رضي الله تعالى عنه - أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**لا تزوج المرأة المرأة ولا المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها**»(٤) .

وقدم المصنف (**المَالِكُ**) لأنه أقوى الأولياء، إذ هو يجبر الكبيرة والصغيرة والذكر، (**ثُمَّ**

---

(١) «الذخيرة» (٤/ ١٩٧).

(٢) قلت: هو قول مالك كما في «الواضحة»، انظر: «النوادر والزيادات» (٤ / ٣٩٠).

(٣) «الجواهر» (٢/ ١٢).

(٤) أخرجه ابن ماجة (١٨٨٢)، والدارقطني (٣/ ٢٢٧)، والبيهقي في «الكبرى» (١٣٤١٠)، من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه. وصححه الألباني - رحمه الله.

الابْنُ) لأنه أقوى العصبة، ورأى في الرواية الأخرى أن في الأب زيادة وشفقة، وابن الابن كالابن في عدمه، فالخلاف في الأخ مبني على هذا الخلاف.

فعلى المشهور يقدم الأخ وابنه على الجد لإدلائهما بالبنوة، وعلى الرواية الأخرى يقدم الجد على الأخ، وروي عن مالك أن للأخ أن يزوج المرأة الثيب مع وجود الأب.

اللخمي: وهو قول مرغوب عنه، والمعروف من قول مالك: إنه إذا عقد الأخ مضى لا أن له ذلك ابتداء.

قوله: **(عَلَى تَرْتِيبِهِمْ فِي الإِرْثِ)** الضمير عائد على الجد والعم وابنه لا على كل من تقدم؛ فإن الجد في باب الميراث أولى من ابن الأخ؛ قاله ابن عبد السلام.

وَفِي تَقْدِيمِ الشَّقِيقِ مِنَ الأَخِ والْعَمِّ وابْنِهِ عَلَى الآخَرِ رِوَايَتَان لابْنِ الْقَاسِمِ و«الْمُدَوَّنَةِ».

الروايتان إنما هما منصوصان في الأخ، ففي اللخمي: اختلف في الأخوين أحدهما شقيق والآخر لأب، ففي «الكتاب» من رواية عليٍّ: هما سواء.

قال مالك وابن القاسم وغيرهما في «الواضحة»: الشقيق أولى، ويجري الجواب في أبنائهما وفي العمين أحدهما شقيق والآخر لأب وفي أبنائهما على نحو ذلك، وتقديم الشقيق أحسن. انتهى.

وكذلك اختار ابن القاسم وسحنون وغيرهما من أصحاب مالك المصريين والمدنيين هذه الرواية قياسًا على الإرث والولاء والصلاة عليها، بل جزم سحنون بعدم صح مقابلها، والأحسن لو قال: وابنيهما، لكن حذف في الأول ما أثبته في الثاني كأحد الوجهين في قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ وَرَسُولُهُ أَحَقُّ أَن يُرْضُوهُ﴾ [التوبة: ٦٢].

فإن قيل: ليس ما نسبه إلى «المدونة» صريحًا فيها لاحتمال أن يكون مراده فيها بعد الوقوع، ونصها[1] : قال علي عن مالك في الأخ يزوج أخته لأبيه، وثم أخوها لأبيها وأمها إن النكاح جائز إلا أن يكون الأب أوصى بها إلى الشقيق، ولا تنكح حينئذ إلا برضاه، فقوله في الأخ يزوج أخته يحتمل بعد الوقوع والنزول، ويرجحه قوله بعد ذلك أن النكاح جائز، وأيضًا فإن ما قبل هذا الكلام وبعده في «المدونة» إنما هو في الأبعد يزوج مع وجود الأقرب.

---

(١) «المدونة» (٤/ ١٦٧).

فجوابه: أن غاية ما ذكرته أن اللفظ محتمل، لكن قوله: إلا أن يكون الأب أوصى بها إلى الشقيق فلا تنكح حينئذ إلا برضاه، ظاهر أو صريح في أن كلامه في امرأة لم تنكح، ويكفي في رد هذا أن فهم سحنون واللخمي وغيرهما من الأشياخ خلافه.

ثُمَّ الْمَوْلَى الأَعْلَى لا الأَسْفَلُ عَلَى الأَصَحِّ.

أي: بعد عصبة النسب تنتقل الولاية إلى المولى الأعلى وهو من له العتاقة.

ابن عبد السلام: وادعاء المصنف أن المولى الأسفل لا ولاية له ليس بصحيح؛ لأن جميع شراح «المدونة» فسروا جميع ما وقع لمالك في النكاح الأول منها بأن المولى الأسفل أحد الأولياء، ولم يذهب أحدهم منهم إلى نفي الولاية عنه.

خليل: وقد يقال: ليس في «المدونة» نص على ولايته، وقد قال ابن الجلاب[1] : ولا ولاية للأسفل على الأعلى.

والقاعدة عند الشيوخ : أن كل ما أطلق في «الجلاب» ولم يعزه لنفسه ولا لغيره فهو لمالك، وكلام مالك أولى من كلام غيره.

وفي «الكافي»[2] : ولا ولاية للأسفل على الأعلى، وقد قيل: إن للمولى الأسفل مدخلاً في الولاية، وليس بشيء.

ونقله ابن شاس[3] ونقل ذلك ابن زرقون عن «الموازية» أنه لا ولاية للأسفل على الأعلى، وأيضًا فعدم ولاية الأسفل على الأعلى هو القياس؛ لأن الولاية هنا إنما تستحق بالتعصيب.

ثُمَّ عَصَبَتُهُ ثُمَّ مُعْتِقُهُ ثُمَّ عَصَبَةُ مُعْتِقِهِ عَلَى مَا ذَكَرَ.

أي: فإن فقد المولى الأعلى انتقلت الولاية إلا عصبته ثم إلى معتق المعتق، ثم إلى عصبته على ما تقدم في ترتيب العصبات وهو ظاهر، وليس للأخ للأم ولا الجد للأم ولا لذوي الأرحام ولاية عندنا إلا من باب ولاية الإسلام.

ابن وهب: وقاله مالك، وقال علي بن زياد عن مالك: إذا زوج الأخ للأم مضى النكاح، وحكى ابن عبد الغفور في و«ثائقه».

---

(١) «التفريع» (٢/ ٣٠).
(٢) «الكافي» (ص / ٢٣١).
(٣) «الجواهر» (٢/ ١٥).

فَالْمَالِكُ: يُجْبِرُ الأَمَةَ والْعَبْدَ، ولا يُجْبَرُ هوَ لَهُمَا.

لما ذكرَ الأولياءَ ومراتِبَهُمْ تَكَلَّمَ على من له الجبر، ولا خلاف عندنا أن السيد يجبر الأمة والعبد بشرط عدم الضرر، ففي «العتبية»(١) و«الموازية»: لمالك: ليس له أن يزوج الجارية الرفيعة من عبدٍ له وغد، وقد قال مالك: وليس ينظر إلى الوغد في المنظر، فرب وغد في المنظر تكون له الخبرة والحال.

قوله: (**ولا يُجْبَرُ هوَ لَهُمَا**) أي إذا طلبا الزواج وأبى هو ذلك فلا يجبر لأنه يتضرر بالتزويج، قال مالك في «الموازية»: وإن تبين أن العبد والمكاتب محتاجان إلى النكاح وأن السيد ضار بهما فلا يقضى على السيد بنكاحهما.

عبد الحميد: واختلف في هذه المسألة، فكان بعض الشيوخ يقول: الصواب عندي أن القول قول العبد لاشتداد الضرر به؛ إذ ذاك ضرر في الدين.

وكان بعض المذاكرين يقول: انظر إلى ما قاله ابن خويزمنداد: إذا كانت له القدرة على التسري، وله حاجة إلى النكاح يخاف معها العنت أنه يجب عليه، وإذا كان واجبًا عليه فالعبد يشاركه فيها، ولأن بعض أصحابنا أوجبه للأب على ابنه . انتهى.

والظاهر: أنه يؤمر بالتزويج أو البيع لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا ضرر ولا ضرار**».

وتُوكِلُ الْمَالِكَةُ فِي أَمَتِهَا وَلِيَّهَا أَوْ غَيْرَهُ.

وهذا كقوله في «الكافي»(٢): وإذا أرادت المرأة إنكاح أمتها استخلفت رجلاً يزوجها بإذنها.

ويوَكِّلُ الْمُكَاتَبُ فِي أَمَتِه وَإِنْ كَرِهَ سَيِّدُهُ بِشَرْطِ ابْتِغَاءِ الْفَضْلِ.

هذا كقوله في «المدونة»(٣) : وللمكاتب إنكاح إمائه على ابتغاء الفضل وإن كره سيده، ولكن يلي العقد غيره بأمره ولا يجوز على غير ابتغاء الفضل إذا رده السيد، وإنما جاز ذلك للمكاتب لأنه أحرز نفسه وماله.

وَالْوَصِيُّ يُزَوِّجُ رَقِيقَ الْمُوصَى عَلَيْهِ بِالْمَصْلَحَةِ.

هذا ظاهر التصور، وقال هنا: (**بِالْمَصْلَحَةِ**) لأن المطلوب مصلحة المحجور عليه، وقد

---

(١) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٨٥).

(٢) «الكافي» (٢ / ٥٢٧). (٣) «المدونة» (٤/ ١٧٦).

تكون بغير المال.

وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ لا يُجْبَر وَلَكِنَّهُ كَمَالِكِ الْجَمِيعِ فِي الْوِلايَةِ والرَّدِّ.

لأن بعض الحر لا تصرف له فيه، قال في «البيان»[1]: ولا خلاف في ذلك.

(**وَلَكِنَّهُ كَمَالِك الْجَمِيعِ**) أي: ولكن مالك البعض كمالك الجميع في الولاية على الأمة، وفي رد نكاح العبد أو الأمة إن تزوجا بغير إذن السيد.

وَمَنْ فِيهِ عَقْدُ حُرِّيَّةٍ: ثَالِثُهَا: يُجْبَرُ الذُّكُورُ، ورَابِعُهَا: يُجْبَرُ مَنْ لَهُ انْتِزَاعُ مَالِهِ.

سبب الخلاف: النظر إلى تغليب شائبة الحرية: فيمتنع الجبر، أو حكم الرق؛ فيصح، والقولان بالجبر وعدمه لمالك.

وفرق في الثالث لأن الذكر قادر على الحل عن نفسه بالطلاق، وهذا القول حكاه ابن بشير.

وعلى الرابع: لا يجبر المكاتب والمكاتبة، وأم الولد والمدبر إذا مرض السيد، والمعتق إلى أجل إذا قرب الأجل.

وذكر ابن بشير عن بعض أشياخه أنه أنكر على اللَّخْمِي وجود الرابع، قال: وإنما الذي أرى في هذه الرواية أنه لا يجبر المكاتب لأنه لا يقدر على انتزاع ماله.

فأخذ اللَّخْمِي إطلاقًا كليا، وهو غير صحيح؛ لأنه قد يعلل في الرواية بعلة ، فإذا وقف على صورة ليست تلك العلة فيها فقد يجيب فيها معتمدًا على مراعاة أخرى، فاعتقد أن انتفاء العلة المعينة توجب انتفاء المعلول مطلقًا، وذلك غير لازم في العلل الشرعية؛ لأنها قد تجتمع على المعلول الواحد علل، فإذا انتفت واحدة منها بقي الحكم مستندًا إلى غيرها. انتهى.

وفيه نظر: لأن حاصله الشهادة على نفي كيف، وقد نقله ابن يونس ولفظ محمد: من له انتزاع ماله فله أن يكرهها ما لم يكن يطلب بذلك ضررها، وهكذا نقله في «تهذيب الطالب».

وَالأَبُ يُجْبِرُ الصَّغِيرَةَ.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٨٦).

ظاهره ثيبًا كانت أو بكرًا، ولا خلاف في البكر، وأما الثيب الصغيرة ففيها ثلاثة أقوال:

قال سحنون: يجبرها؛ لأن الثيوبة في حال الصغر كالعدم.

قال أبو تمام: لا يجبرها؛ لأن علة الجبر البكارة وقد زالت.

وقال ابن القاسم وأشهب: يجبرها إن كان زَوَّجها قبل البلوغ ولا يجبرها بعده؛ لأنها صارت ثيبًا بالغًا.

اللخمي: وهو أحسن واستصوبه غيره، وإنما قلنا ظاهر كلامه وإن كانت ثيبًا لقوله بعد ذلك: **(وفي الثيب تبلغ بعد الطَّلَاق قولان)** فمفهومه أنها إذا لم تبلغ تجبر، ولأنه لو لم يحمل كلامه هنا على العموم لزم أن يكون أسقط الكلام على الصغيرة الثيب.

وَالْبِكْرَ الْبَالِغَ بِغَيْرِ إِذْنِهَا، وقِيلَ: يُسْتَحَبُّ اسْتِئْذَانِهَا.

أي: ويجبر البكر البالغ.

اللخمي: واختلف في البكر البالغ غير المعنسة، ففي «الكتاب»: له أن يجبرها، وفي «الموازية»: وإن شاورها فحسن، وهو أحوط ليخرج من الخلاف، فإن أبا حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ لا يجبرها ولما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**والبكر يستأذنها أبوها**»[١] أخرجه مسلم.

وقال ابن بشير: حكى اللخْمي في استحباب استئذانها قولين، والظاهر: أن المذهب على قول واحد في الاستحباب للخروج من الخلاف.

خليل: وفيه نظر؛ لأن حاصله شهادة على نفي، وقد نقل الباجي عن ابن القاسم أنه أنكر أن يستأمرها الأب، لكن في كلام اللَّخْمى نظر من وجه آخر لأنه نسب القول بعدم الاستحباب «للمدونة»، وهي لا يؤخذ منها ذلك لأن الذي فيها: ليست المشورة بلازمة، وذلك لا ينافي الاستحباب، والاستحباب أولى، وهو الذي اقتصر عليه ابن الجلاب[٢] للخروج من الخلاف، ولتطييب قلبها، ولأنها قد يكون بها عيب فتظهره حينئذ.

ابن عبد السلام: ووقع في بعض الفتاوى المنسوبة للسيوري: أن الأب لا يجبرها،

---

(١) أخرجه مسلم (١٤٢١) من حديث ابن عباس ـ رضي الله عنهما.

(٢) «التفريع» (٢/ ٣١).

واستدل القائل بعدم الجبر بما في الصحيح من قوله عليه الصلاة والسلام: «**الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر وإذنها صماتها**»[١].

وجوابه: أن المراد بالبكر اليتيمة، لما خرج أبو داود أن رسول الله ﷺ قال: «**اليتيمة تستأمر في نفسها، فإن سكتت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز لها**»[٢].

قال في «الاستذكار» [٣] في تعليل الجبر: ولأنه لا يتهم عليها، ولقوله ﷺ: «**لا تنكح اليتيمة إلا بإذنها**» فدل على أن ذات الأب تنكح بغير إذنها. انتهى.

فإن قيل: فقد روي في بعض الطرق: «**والبكر يستأذنها أبوها**».

قيل: قال أبو داود لما ذكر الحديث: «أبوها» ليس بمحفوظ.

وقال الباجي[٤] فيه: صوابه كما رواه مالك وتابعه عليه سفيان: «**والبكر تستأذن في نفسها**»، وقد روى: «**والبكر تستأمر**»، وروايته أثبت ممن روى «**يستأذنها أبوها**»، ويجوز أن يحمل استئذان الأب إن صحت الرواية على الاستئذان المندوب، وفي «الموطأ»[٥] أن القاسم وسالمًا كانا ينكحان بناتهما الأبكار ولا يستأمرانهن.

مالك: وعلى ذلك الأمر عندنا، وهذا دليل على عدم استحباب المشاورة.

تنبيه:

الجبر مقيد بما إذا لم يكن ضرر، فإن كان ضرر فلا يلزمها وله أن يزوجها من الضرير، والقبيح، ومن هو أدنى منها حالاً وأقل مالاً، وإن زوجها من مجبوب أو خصي أو عنين فقال ابن الماجشون، وابن عبد الحكم، وأصبغ: ذلك يلزمها إن كان على وجه النظر علمت به أو لم تعلم.

---

(١) أخرجه مسلم (١٤٢١) من حديث ابن عباس ـ رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٠٠)، والنسائي (٣٢٦١)، وفي «الكبرى» (٥٣٧٢)، وأحمد (٢٣٦٥)، وابن حبان (٤٠٨٩)، والبيهقي في «الكبرى» (١٣٤٥٨) من حديث ابن عباس ـ رضي الله عنهما.
وصححه الألباني ـ رحمه الله.

(٣) «الاستذكار» (٥/ ٤٠١).

(٤) «المنتقى» (٥/ ٨).

(٥) «الموطأ» (١٠٩٤).

الباجي[١] : ورأيت لسحنون أنه لا يلزمها في الخصي، والأظهر عندي في العنين والخصي والمجبوب وما كان للمرأة أن تفسخ النكاح به من العيوب فليس للأب إلزامها ذلك وكذلك اختاره اللَّخْمِيّ، أما إن زوجها الأب من مجنون يخاف عليها منه، أو أبرص متسلخ أو مجذوم متقطع، قد منع من الكلام وتغيرت رائحته فلا يلزمها اتفاقًا .

سحنون: وإن كانت مجنونة وأراد الأب أن يزوجها مجنونًا أو مجذومًا ، وقال: أغتفر عيبها لعيبه لم يكن له ذلك لأنها قد تفيق، وللأب تزويجها بربع دينار ولو كان صداق مثلها ألفًا، ولا كلام لها ولا لغيرها، رواه ابن حبيب عن مالك.

قال في «المدونة»[٢] : ولا يجوز للسلطان ولا للوصي ولا لأحد من الأولياء أن يزوجها بأقل من صداق مثلها، وينبغي للولي أن يختار لوليته زوجًا سالمًا، وإلى ذلك أشار اللَّخْمِي، وقد كره عمر ـ رضي الله تعالى عنه ـ أن يزوج وليته من الرجل القبيح.

وَالْمَجْنُونَةُ والثَّيِّبُ بِعَارِضٍ كَالْبِكْرِ.

يجوز في (**الْمَجْنُونَةُ**) النصب بالعطف على (**الصَّغِيرةَ**) أي: ويجبر المجنونة وإن كانت كبيرة، ويجوز فيها الرفع على الابتداء.

وينبغي أن يلحق بالأب: القاضي ، وهذا إن كانت لا تفيق، وأما إن كانت تفيق أحيانًا فتُنتظُر إفاقتها.

وقوله: (**بِعَارِضٍ**) أي: زالت بكارتها بغير جماع كوثبة أو عود، فلا خلاف فيما ذكره المصنف.

وَفِي الثَّيِّبِ بِحَرَامٍ قَوْلَانِ.

إنما عدل عن عبارة أكثر المؤلفين وهي الثيب بالزنا؛ ليدخل في كلامه المغتصبة فإنها مساوية للزانية في هذا الحكم، صرح بذلك صاحب «المقدمات»[٣] واللخمي وغيرهما، والقول بالجبر مذهب «المدونة»، والقول بعدمه في «الجلاب»[٤] .

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٩).

(٢) «المدونة» (٤/ ١٨٧).

(٣) «المقدمات» (٢/ ٢٨٥).

(٤) «التفريع» (٢/ ٣١).

واختلف في تعليل جبرها مع زوال البكارة، فقيل: لأن ذلك لا يزيدها إلا حياءً؛ ولهذا قال عبد الوهاب: ألزمت في مجلس النظر بحضرة ولي العهد أنه إذا كانت العلة في المزني بها الحياء، فإذا تكرر منها الزنا ارتفع حياؤها، فيرتفع الجبر، فالتزمت ذلك. وقيل: لأنها لما قصدت بالزنا زوال الإجبار عوقبت بنقيض مقصودها.

ورد هذا ابن محرز باتفاق المذهب على ارتفاع الجبر في حق من زوجت نفسها قاصدة لذلك.

وهل قول القاضي تفسير «للمدونة» ـ وهو الأظهر ـ أو خلاف؟ في ذلك للشيوخ مذهبان: قال في «المقدمات» [١] : واختلف إذا زنت أو غصبت، فقيل: حكمها حكم البكر في جميع أحوالها، وقيل: حكم الثيب في جميع أحوالها ، وقيل: حكمها حكم الثيب في أنه لا تزوج إلا برضاها، وحكم البكر في أن إذنها صماتها.

وَالثَّيِّبُ بِالنِّكَاحِ الفَاسِدِ مِثْلُهَا بِالصَّحِيحِ.

أي: فلا تجبر لأنها لا حياء يلحقها في ذلك كالزانية، ولأن لواحق النكاح الصحيح ثبتت قي هذا من لحوق الولد، ودرء الحد، والاعتداد في بيتها فوجب أن تساويها في عدم الجبر.

وَفِي العَانِسِ قَوْلانِ، وهِيَ الْمُبَاشِرَةُ الْعَارِفَةُ بِالْمَصَالِحِ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وسِنُّهَا أَرْبَعُونَ، وقالَ ابْنُ وَهْبٍ: ثَلاثُونَ...

القولان لمالك، وروى عنه محمد: يجبرها.

قال في «**المتيطية** »: وبها القضاء وعليها العمل، وروى ابن وهب عنه: إنه لا يجبرها.

قوله: (وهِيَ) تفسير للمعنسة، وهو واضح ، ومنشأ الخلاف: هل العلة في الجبر البكارة وهي موجودة؟ أو الجهل بالمصالح وهذه عالمة بها؟

قال في «**المقدمات**»[٢] : وعلى الجبر؛ فللأب أن يرضى بأقل من صداق المثل، وعلى عدمه فالرضا بقليل الصداق وكثيره إليها دونه كالمرشدة.

---

(١) «المقدمات» (٢/ ٢٨٥).

(٢) «المقدمات» (١/ ٢٤٨).

ابن راشد: وفي معنى المعنسة البكر المرشدة.

المتيطي وغيره: والمشهور أن المرشدة لا تجبر، وصوب أبو عمر بن عبد البر[١] القول بجبرها نظرًا للبكارة.

وعلى المشهور فهل يكون إذنها صماتها أو نطقًا ؟ فالمشهور من القول، وهو قول ابن الهندي ، وابن العطار ، والباجي[٢] : لابد من اللفظ.

وقال ابن لبابة: الصمات فيها يجزئ ، وفرق جماعة من الشيوخ، فقالوا: إن كان صداقها أو بعضه عرضًا كلفت الكلام، وإن كان عينًا اكتفى بالصمت.

بعض الموثقين: هذه المسألة اجتمع فيها وجهان: من نظر إلى البكارة اكتفى بالصمت، ومن نظر إلى أن الرضا بالصداق لها، قال: لابد من الكلام ، ورأى في الثالث أن الصداق إذا كان عرضًا أنه لابد من نطقها؛ لأنها بائعة مشترية، والشراء لا يلزم بالصمت.

ابن سهل: ولا وجه لهذه التفرقة.

واختلف في حد التعنيس على سبعة أقوال:

القولان اللذان ذكرهما المصنف، وقيل: ثلاثة وثلاثون ، وقيل: خمسة وثلاثون، وقيل: خمسة وأربعون، وقيل: خمسون، وقيل: من الخمسين إلى الستين، هذا إذا كانت العانس ذات أب، ولا حاجة إلى ذكر حد التعنيس بالنسبة إلى المهملة هنا، فإن الكلام هنا في الجبر وهو خاص بالآباء، وأنت تعلم أن وجود دليل شرعي على مثل هذا التحديد متعذر.

وَفِي مَنْ طَالَتْ إِقَامَتُهَا بَعْدَ الدُّخُولِ وَطُلِّقَتْ قَبْلَ الْمَسِيسِ قَوْلانِ، وَفِي تَحْدِيدِهِ بِسَنَةٍ أَوْ بِالْعُرْفِ قَوْلانِ...

القول بعدم الجبر مذهب «المدونة»[٣]، ففيها: ومن زوج ابنته فدخل بها الزوج ثم فارقها قبل أن يمسها لم يكن لأبيها أن يزوجها كما يزوج البكر إن طالت إقامتها معه وشهدت مشاهد النساء وأرى السنة طولاً؛ فأسقط المصنف قوله مشاهد النساء، ولابد منه،

---

(١) «الكافي» (٢ / ٧٣١).

(٢) «المنتقى» (٥/ ١١).

(٣) «المدونة» (٤/ ١٨٧).

وإلى ذلك أشار صاحب «التنبيهات».

وقيل: معنى قوله: مشاهد النساء؛ أي بالحيض والحمل.

خليل: وفيه نظر؛ لأنها إذا حملت تخرج عن فرض المسألة، والظاهر: أنه أراد الجلوس معهن والتحدث والاجتماع في نحو الولائم ، والقول بالجبر لابن عبد الحكم نظراً إلى البكارة، ورأى في المشهور أنها عرفت مصالح نفسها.

والمشهور: تحديد المدة بالسنة ؛ لأن المرأة لا تعرف الأحوال إلا بجميعها لاختلاف المآكل والملابس وأحوال القوم في السنة.

والقول بالرجوع في ذلك إلى العرف رواية ذكرها عبد الوهاب[١] ، وهي الأصل، فإن لم يطل مكثها معه كشهر أو شهرين فالمشهور من المذهب: أن للأب إجبارها.

وحكى الأبهري قولاً آخر بعدم الجبر.

وأما إن قامت معه ستة أشهر ثم طلقت وقالت: ما جامعني ، فاستحب في «العتبية»[٢] مؤامرتها؛ فإن لم يفعل وزوجها مضى النكاح.

فرع مرتب:

إذا قلنا بالإجبار مطلقًا أو مع عدم الطول فلابد من إقرارها بذلك قبل العقد، ولا يصدق الأب لئلا يؤدي إلى إنكاح الأب الثيِّب بغير أمرها، ولا يسمع في ذلك قول الزوج أنه وطئ.

ابن سعدون: ولو أكْذبها الأب وهي فقيرة، والأب موسر لكان القول قولها؛ لأنه لا يُعلم إلا من جهتها، انتهى.

وكذلك نقل صاحب «المتيطية » عن بعض الموثقين.

وقال في «البيان»[٣] بعد قوله: إن زوجها بعد أن قامت ستة أشهر بغير استئمار مضى النكاح: هذا إذا أقرت بذلك على نفسها قبل أن يزوجها أو بقرب تزويجها، وأما إن زوجها وهي غائبة غيبة بعيدة أو حاضرة ولم تعلم حتى طال الأمر فإنها تتهم على إمضاء النكاح

---

(١) «التلقين» (١/ ٣٢٨).

(٢) «البيان والتحصيل» (٤ / ٤٠٨).

(٣) «البيان والتحصيل» (٤/ ٤٨٨).

بإقرارها على نفسها أن زوجها الذي دخل بها لم يصبها، فجعل الإقرار بقرب العقد بمنزلة الإقرار قبله، وهو خلاف الكلام الأول.

وفي اللخمي: إذا طلقت بالقرب وادعت البكارة وخالفها الأب كان القول قوله ولا تلزمه نفقتها.

وَفِي الثَّيِّبِ تَبْلُغُ بَعْدَ الطَّلَاقِ قَوْلَانِ.

تقدم الكلام على هذا الفرع.

فرع: ولا يجبر الأب الثيب السفيهة على المعروف، وحكى المتيطي قولاً بأنه يجبرها.

وَوَصِيُّ الأَبِ وَوَصِيُّهِ بِالإِنْكَاحِ كَالأَبِ، وقيل: إلا في الإِجْبَارِ، وَقِيلَ: إلا أَنْ يُفْهَمَ الإِجْبَارُ، وَقِيلَ: إلا في الْبِكْرِ الْبَالِغِ، وَقِيلَ: هُوَ وَالْوَلِيُّ سَوَاءٌ، وَقِيلَ: الْوَلِيُّ أَوْلَى، وَقِيلَ: كالأَجْنَبِيِّ

أي: ووصي الأب، ووصي الوصي؛ يريد: وإن بعد بالنكاح كالأب، فحذف بالنكاح من الأول لدلالة الثاني عليه.

قوله: (**كَالأَبِ**) أي: فيجبر، وهذا القول ذكر اللَّخْمِي أنه المعروف، فقال: الإجبار يختص بالآباء وبمن أقامه الأب في حياته أو بعد وفاته إذا عين الأب الزوج، واختلف إذا لم يعينه الأب، وجعل ذلك إلى اجتهاد من أقامه؛ فقيل: للمُقام إجبارها ويُنكحها ممن يراه أحسن لها قبل البلوغ وبعده، وهذا هو المعروف من قول مالك.

قوله: (**وقيل: إلا في الإِجْبَارِ**) هذا القول هو الذي يؤخذ من المدونة، ففيها: وللوصي أن يزوج البكر البالغ برضاها وإن كره الولي، ولو رضيت هي ووليها برجل وعقدوا له لم يجز إلا برضا الوصي، وإن اختلفوا نظر السلطان.

وقال يحيى بن سعيد: الوصي أولى من الولي، ويشاور الولي.

قوله: (**وَقِيلَ: إلا أَنْ يُفهَمَ الإِجْبَارُ**) أي: فيكون له الإجبار، ومقتضاه: أن الأول يقول بالجبر وإن لم يفهم الإجبار.

واعترضه ابن عبد السلام وقال: كل من يرى له الجبر لا يقوله إلا إذا نص على الجبر أو على ما يستلزم الجبر، وعلى هذا فينتفي الأول.

ومقتضى «الرسالة»: أنه لا يزوجها إلا أن ينص له الأب على ذلك؛ لقوله[1]: وللوصي أن يزوج الطفل في ولايته، ولا يزوج الصغيرة إلا أن يأمره الأب بإنكاحها.

(١) «الرسالة» (ص / ٨٩).

وقال قبل ذلك: وأما غير الأب في البكر وصي أو غيره فلا يزوجها حتى تبلغ وتأذن، وإذنها صماتها.

قوله: (**وَقِيلَ: إلا في الْبِكْرِ الْبَالِغِ**) ابن راشد: هو المشهور، وفهم «المدونة» عليه، وما قلناه من حمل «المدونة» على القول الثاني في كلام المصنف أولى؛ لأنا لو حملناها على هذا ألزم أنه إذا زوج الولي معه أن يمضي؛ لأن الذي يفهم من الأولوية أن يكونا كوليين أحدهما أقرب والآخر أبعد، فكان يمضي نكاح الولي مع الوصي، وليس كذلك.

عياض: وظاهر قوله في «المدونة»(١) : ولو رضيت هي ووليها برجل وعقدوا له لم يجز إلا برضا الوصي؛ أن للوصي رده، وكذلك نص في «الموازية».

وهل هذا حق للوصي وأنه لا ولاية للولي معه فيها كما ليس له ذلك مع الأب الذي أنزله منزلته فينقضه على كل حال، أو حماية للأوصياء لئلا يفتات عليهم ويتسع الأمر فيؤدي إلى إسقاط ما بأيديهم؟ وقال الشيخ أبو إسحاق: ظاهره أنه إن أجازه الوصي جاز، ونحا بعض الشيوخ إلى أنه إن كان نظرًا منع الوصي من فسخه.

وجعل ابن عبد السلام ظاهر «المدونة» وما نص عليه في «الموازية» مفرعًا على القول الذي قدمه المصنف، وقال: الأول هو المشهور وعليه فرعوا، وفيه نظر.

قوله: (**وَقِيلَ: هُوَ وَالْوَلِيُّ سَوَاءٌ**) لم أقف على هذا القول، قوله: (**وَقِيلَ: الْوَلِيُّ أَوْلَى**) هذا القول حكاه سحنون في «السليمانية» عن غير ابن القاسم من الأصحاب.

قوله (**وَقِيلَ: كَالأَجْنَبِيِّ**) أي: فلا ولاية له. وهو قول ابن الماجشون وابن عبد الحكم، وحكى ابن مغيث في «وثائقه» عن العتبي: أنه ليس للوصي من الإنكاح شيء إذا كان لها ولي، وكان القاضي ابن السليم يلزم الوصي بأن يأمر الولي بالتزويج ليخرج من الخلاف.

فإن قلت: يرد على المصنف سؤالان:

الأول: ليس في كلام المصنف تعرض للوصي المطلق لكونه قيده بالنكاح، وقد نص في المدونة على أن له أن يزوج.

الثاني: مقتضى كلامه أنه إذا أوصاه على ضيعته أو تفرقة ثلثه أنه لا يجوز له أن يزوج، وقال في «المدونة»(٢) في الوصي على الضيعة وتفرقة الثلث: إذا زوج رجوت أن يمضي.

---

(١) «المدونة» (٤/ ١٩٨).   (٢) «المدونة» (٤/ ١٩٨).

فالجواب عن الأول: لا نسلم أنه إذا أوصى له وصية مطلقة أنه لم يوص له بالنكاح؛ لأن الإيصاء بالنكاح داخل في الإطلاق ، فكلام المصنف شامل لهذه الصورة.

وعن الثاني: أنه في «المدونة» إنما تكلم بعد الوقوع لا في الجواز ابتداء.

لكن نص أشْهَب في «ديوانه» وحكاه عنه فضل: أنه إذا أوصاه على ماله أنه يزوج بذلك بناته ما لم يقل: وليس إليه من بناتي شيء.

وقال في «البيان»[١]: والقياس ما قاله ابن حبيب؛ لأنه قال: إذا قال: فلان وصي على مالي؛ فليس بوصي على الولد في تزويجهم، وإنما يكون وصيًا في التزويج إذا قال: فلان وصيي، ولم يزد، أو قال: على بضع بناتي.

تنبيهان:

الأول: مقتضى كلام اللَّخْمِي أنه إذا عين الميت الزوج كان له أن يزوجها من غير خلاف، وقد صرح الركراكي بذلك.

اللخمي: وفي «كتب ابن أشرس» عن مالك: أنه إذا عين الأب للوصي ولم يجعل التزويج بقرب موته أنه لا يجبر، وقال: إذا قال الأب: إذا بلغت ابنتي فزوجها من فلان؛ لم يجز ذلك إذا بلغت فكرهت.

الثاني: قال في «المدونة»[٢] بإثر الكلام المتقدم: ويزوج الولي الثيب برضاها وإن كره الوصي، وإن زوجها الوصي أيضًا برضاها جاز وإن كره الولي. وليس كالأجنبي فيها، وليس لأحد أن يزوج الطفلة قبل بلوغها من قاض أو وصي إلا الأب وحده.

عياض: وذهب بعض المشايخ إلى أن هذه الثيب التي يجوز عليها عقد الولي دون الوصي إنما هي الرشيدة وأما المحجورة فكالبكر إلا أن رضاها بالقول دون الصمت.

وقد وقع هذا أيضًا نصا لأصبغ في «كتاب فضل»، وابن مزين، ويحيى بن إسحاق قال: الأولياء في الثيب غير المولى عليها أولى بالبضع من الوصي، غير أنه إذا زوجها الوصي برضاها جاز ذلك على الأولياء ـ وإن كرهوا ـ وليس الوصي في ذلك كالأجنبي، وهو ظاهر ما في النكاح الثاني والوصايا، ويعضده تشبيهه إياها بمسألة: إذا أنكح الأخ

---

(١) «البيان والتحصيل» (٤/ ٢٨٥).

(٢) «المدونة» (٤/ ١٩٩).

أخته الثيبَ بحضرة الأب وأجاز ذلك.

وقوله: «ما للأب ولها» واحتجاجه بها على هذه المسألة. وجعل فضل هذا خلافًا لما في «الواضحة» من أن الوصي يقوم مقام الأب، وأنه أولى بعقد إنكاحها من الإخوة والأعمام والعصبة والسلطان، وأنه أولى بإنكاح مولاة الموصي من ولد غيره، وكذلك كل من كانت ولاية تزويجه إلى الموصي من البنات والأخوات والقرابات أبكارًا كن أو ثيبات فإنه يتنزَّل الوصي منزلته، وكلامه هذا بين في أنه أولى بإنكاح الجائزات الأمر لذكره الموالي والأخوات والقرابات وكل من كان للموصي إنكاحه.

وذكر أنه قول مالك وأصحابه المدنيين والمصريين، وقال سحنون: ليس الوصي بولي للثيب الرشيدة.

قال شيخنا أبو الوليد[١] : هذا إذا قال الموصي: فلان وصيي ولم يزد؛ يعني ولو قال: على إنكاح بناتي، لكان أولى على كل حال. انتهى.

وهل يزوج الوصي كل من كان الموصي يزوجه؟

قال في «البيان»[٢] : إذا قال: فلان وصيي، ولم يزد ففي تزويجه من لا ولاية له عليه من قرابة الموصي ومولياته، ثلاثة أقوال:

أحدها: أن له أن يزوجهن وهو أولى بذلك من الأولياء، وهو مذهب ابن القاسم وابن حبيب.

والثاني: مثله إلا أن الأولياء أحق بذلك منه، وهو قول أصبغ.

الثالث: أنه ليس له أن يزوج التي لا ولاية له عليها، وهو قول سحنون، وأما وصي المولى عليه باسمه من رجلٍ أو امرأة فلا تتعدى ولايته إلى غيره ممن إلى نظره، ولا يزوج أحدًا من قرابة الموصي كان محجوره حيا أو ميتًا إذ لا ولاية له على واحدة منهن، ولا اختلاف في هذا غير أن ابن الهندي قال: إن زوج واحدة منهن مضى وهو بعيد، وأما لو قال: فلان وصيي على بضع بناتي لكان وليا لجميع بناته في النكاح وإن كن مالكات أمور أنفسهن، وإن رشدت محجورته فإنه يزوجها كما كان أبوها يزوجها

---

(١) «البيان والتحصيل» (٤ / ١٠٧).

(٢) «البيان والتحصيل» (٥/ ١٠٧).

وهي مالكة أمر نفسها. انتهى.

فرع: قال في «المتيطية»: اختلف في وصي القاضي؛ فقال ابن حبيب: ولي النسب مقدم عليه؛ لأن ولي النسب مقدم على القاضي، فيكون مقدمًا على مقدمه من باب أولى.

وقال ابن حارث وإسحاق بن إبراهيم وابن السليم: وصي القاضي مقدم على ولي النسب؛ لأن القاضي لما قدم وصيا صار كالحكم والنظر فيما أغفله الأب من التقديم عليها فيتنزل منزلة وصي الأب.

وَقَالَ أَصْبَغُ: إذا قَالَ فِي مَرَضِه: إذا مِتُّ فَقَدْ زَوَّجْتُ ابْنَتِي مِنْ فُلانٍ، فَمُجْمَعٌ عَلَى إِجَازَتِه وَهُوَ مِنْ وَصَايَا الْمُسْلِمينَ...

قيد سحنون هذه المسألة بأن يقبل الزوج النكاح بقرب الموت، وقال يحيى بن عمر: سواء طال الأمر أو لم يطل.

قال صاحب «البيان»[1]: وهو ظاهر ما في «العتبية»، ونص ابن بشير على أن مذهب «المدونة» الصحة ولو حصل القبول بعد الطول، وأن قول سحنون خلاف.

وأشار في «البيان» إلى تخريج هذه المسألة على ما إذا زوجها بغير إذنها، ثم بلغها فرضيت فإنه يتخرج في هذه الثلاثة الأقوال المذكورة في النكاح الموقوف.

اللخمي وغيره: أما إذا قال: إذا مت فزوجوا ابنتي من فلان، فهاهنا يجوز سواء رضيه فلان بالقرب أو لا؛ لأن النكاح في الأولى من الميت.

ولولا الإجماع الذي نقله أصبغ، وإلا فالقياس: المنع؛ لأن المرض قد يطول فيتأخر القبول عن الإيجاب بالسنة ونحوها، وكأنهم لاحظوا أن المريض مضطر إلى ذلك، وكذلك اختلف في الصحيح، وإلى ذلك أشار بقوله:

وفِي الصِّحَّةِ قَوْلان.

المنع لابن القاسم، وأصبغ، وابن المواز، والإجازة لأشهب بناء على أنه نكاح مؤقت ولا ضرورة، أو هو جار مجرى الوصية؟

أصبغ: وإن في المرض لمغمز، ولكن أهل العلم أجمعوا على إجازته.

---

(١) «البيان والتحصيل» (١٠/ ٣٨٣).

صاحب «البيان»[١] : وقول ابن القاسم أصوب؛ لأنه إذا كان في الصحة فكأنه إلى أجل، ولعل ذلك يطول كالذي يقول إذا مضت سنة فقد زوجت ابنتي من فلان.

وقول أشْهَب عندي أحسن؛ لأنه إذا حمله على الوصية فلا فرق بين الصحة والمرض في ذلك. انتهى.

فرع:

واختلف فيمن قال: إن فعلت كذا فقد زوجتك ابنتي؛ فلمالك في «العتبية»[٢] في القائل: إن أتيتني بخمسين ديناراً فقد زوجتك ابنتي: لا يعجبني هذا النكاح ولا تزويج له.

ولأشهب في «الموازية» في الذي يقول للخاطب: إن فارقتك امرأتك فقد زوجتك ابنتي، أن النكاح يجوز؛ فجعله ينعقد بنفس الفراق ، قال: ولو قال: إن فارقت امرأتك زوجتك، كانت عدة ولم يلزمه تزويجه، وأحب إلي أن يفي .

التونسي: والقياس: أن يجبر على التزويج؛ لأنه وعد أدخله بسببه في فراق زوجته كما لو قال: بع فرسك والثمن عليَّ أو اهدم دارك وأنا أعطيك كذا، فإنه يلزمه ذلك.

قال في «البيان»[٣] : وهذا الخلاف عندي إذا أراد إن فعلت ذلك بالقرب، ولو قال: متى فارقت امرأتك، لم يجز باتفاق.

وَبَقِيَّةُ الأَوْلِيَاءِ يُزَوِّجُونَ الْبَالِغَ خَاصَّةً، عَلَى الأَصَحِّ بِإِذْنِهَا وَإِنْ كَانَتْ سَفِيهَةً.

أي: ماعدا السيد والأب والوصي إنما يزوجون البكر البالغ خاصة لا غير البالغ، ومقابل الأصح سيأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ في اليتيمة ، ولهذا كان الأولى أن يسقط هنا قوله: (**عَلَى الأَصَحِّ**)، لأن ما يأتي يغني عنه قوله: (**وَإِنْ كَانَتْ سَفِيهَةً**) يعني: أن السفيهة لا يسقط وجوب استئذانها؛ لأنه إنما يمنع من النظر في المال، ولهذا لا يكون لوصي المرأة قيام فيما يتعلق بالضرر من زوجها إلا بتوكيل منها على ذلك.

فرع: هل لا يعقد الولي العقد إلا بتفويض من المرأة؟

(١) «البيان والتحصيل» (٤/ ٢٩٩).
(٢) «البيان والتحصيل» (٤/ ٢٩٩).
(٣) «البيان والتحصيل» (٤/ ٣٠٠).

قال فضل بن سلمة: لابد أن يذكر في الصداق تفويض المرأة إلى الولي عند نكاحها إذا كان المزوج أخا أو وليًا أو وكيل السلطان ـ ما عدا الأب وهو قول ابن القاسم ـ بكرًا كانت أو ثيبا وأنكر ابن حبيب ذلك فيهما جميعًا، وقال: هو حق له قد استخلفه الله تعالى عليه، والولي أحق به منها.

المتيطي: وإذا قلنا بقول ابن القاسم فظاهر مذهب الموثقين أنه يكفي في تفويضها صماتها، وفي «المنتقى»[١] في بعض توجيهاته أنها إذا أمرت وليها أن يزوجها لم يكن بد من نطقها، قال: وانظر إذا كانت غائبة عن موضع الولي والزوج، وأرادت التفويض إليه فالظاهر أنه لابد من نطقها ولا ينبغي أن يختلف في ذلك . انتهى.

وَيُسْتَحَبُّ إِعْلَامُ الْبِكْرِ أَنَّ صَمْتَهَا إِذْنٌ مَرَّةً، وقِيلَ: ثَلاثًا، فَإِنْ مُنِعَتْ لَمْ تُزَوَّجْ .

إنما خصت البكر بالصمات لما يلحقها من الحياء بالنطق لئلا تنسب إذا نطقت بالميل إلى الرجال.

ابن رشد: وجه استئمار البكر في النكاح أن يقول لها الولي بحضرة الشهود: إني أزوجك من فلان فتسكت، قال صاحب «الوثائق المجموعة» وغيره: أو يقول لها ذلك الشهود، وصفة ذلك أن يقول لها الشهود أو أحدهم مرة ، وقال ابن شعبان: ثلاثًا : إن فلانًا خطبك على صداق مبلغه كذا وكذا، المعجل منه كذا، والمؤجل كذا؛ فإن كنت رضيت فاصمتي، وبصماتك يلزمك ذلك وبه يستدل على رضاك، وإن كنت كارهة فانطقي.

ابن الماجشون: ويطيلون المقام عندها قليلاً ، قال في «العتبية»[٢] : ولا يسألها الشهود ولا الولي إذا سكتت هل رضيت أم لا؟

قوله: (يُسْتَحَبُّ) أي: لو ترك لم يضر.

ابن عبد السلام: وظاهر قول غير ابن القاسم في «المدونة» ، وهو نص قول مالك من رواية ابن مسلمة أن ذلك واجب، انتهى.

والذي في «البيان»: روى محمد بن مسلمة عن مالك: أنه ينبغي لهم أن يعلموها ،

(١) «المنتقى» (٥/ ٢٥).
(٢) «البيان والتحصيل» (١١/ ١١٤).

إذ ليس كل بكر تعلم أن إذنها صماتها، وعلى هذه الرواية يأتي قول ابن القاسم في «المدونة».

وفي الباجي[١] : بعد أن ذكر أن ظاهر قول غير ابن القاسم كما قال ابن عبد السلام غير أن أصحابنا حملوه على الاستحباب .

عياض: وتردد أبو عمران في قول الغير هل هو وفاق أو خلاف؟ ونقل عن ابن سحنون أنه حمله على الخلاف، وإليه ذهب ابن بشير.

قوله: (**فَإِنْ مُنِعَتْ لَمْ تُزَوَّجْ**) هذا صحيح وإلا لم تكن فائدة في استئذانها، ويعلم منعها بالنطق وغيره.

ابن الجلاب[٢]: وإن نفرت أو بكت أو قامت أو ظهر منها ما يدل على إنكارها لم يلزمها .

وفي «الموازية»: أن بكاءها رضًا لاحتمال أن تكون بكت على فقد أبيها، وتقول في نفسها: لو كان أبي حيا لما احتجت إلى ذلك.

بعض الموثقين: وقعت هذه المسألة فحكم فيها بإمضاء النكاح، وأما إن ضحكت فذلك رضًا منها.

وَلَوْ قَالَتْ: مَا عَلِمْتُ أَنَّ الصَّمْتَ إِذْنٌ، لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الأَصَحِّ.

لأنه مشتهر، ولعل مقابل الأصح مبني على وجوب إعلامها، وإلا فلو كان استئذانها مستحبا بلا خلاف لما صح أن تعذر بالجهل ، واختار عبد الحميد أن ينظر إلى هذه الصبية، فإن علم منها البله، وقلة المعرفة قبل منها وإلا فلا.

فائدة:

مسائل لا يعذر فيها بالجهل؛ منها: هذه.

ومنها: من أثبتت أن زوجها يضربها فتلوم له الحاكم ثم أحضر ليطلق عليه فادعى أنه وطئها سقط حقها ولو ادعت الجهل.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١١).

(٢) «التفريع» (٢/ ٣١).

ومنها: الأمة المعتقة إذا وطئها زوجها بعد عتقها وادعت الجهل بالحكم فإنه يسقط خيارها.

ومنها: إذا وطئ المرتهن الأمة المرتهنة؛ فإنه يحدُّ ولا يعذر بجهالة.

ومنها: من سرق ثوبًا لا يساوي ربع دينار وفيه ربع دينار.

ومنها: من ملك زوجته فقضت بالبتة وادعى الجهل بحكم التمليك، فقيل له: يلزمك ما أوقعت، فقال: ما أردت إلا واحدة.

ومنها: من وجب له على أبيه يمين أو حد فأخذه بذلك فلا تجوز شهادته ولا يعذر بالجهل، وقيل: لا تسقط بذلك شهادته.

ومنها: الذي يقطع الدنانير والدراهم، فلا تجوز شهادته ولو كان جاهلاً.

ومنها: المرتهن يرد الرهن فتبطل حيازته بالجهل.

ومنها: قول أصبغ في المظاهر يطأ قبل الكفارة: إنه يعاقب، ولا يعذر بجهل.

ومنها: من قذف عبدًا فظهر أنه حر.

ومنها: امرأة يغيب عنها زوجها فتنفق من ماله ثم يأتي نعيه فترد ما أنفقته من يوم الوفاة.

ومنها: البيوع الفاسدة كلها حكم الجاهل فيها حكم العالم.

ومنها: من ابتاع أحدًا ممن يعتق عليه جهلاً فيعتق عليه ولا يعذر بجهل.

ومنها: من دفع زكاته لكافر أو غني يظن الكافر مسلمًا والغني فقيرًا فلا يجزئه.

ومنها: المظاهر يطأ امرأته في الصيام فيلزمه الابتداء ولا يعذر بجهل.

ومنها: الشفيع يقوم بعد العام وهو عالم بالبيع وهو حاضر.

ومنها: المطلقة يراجعها زوجها فتمكث حتى يطأها ثم تدعي أن عدتها قد كانت انقضت وتدعي الجهل في سكوتها.

ومنها: المرأة تزوج وهي حاضرة فتسكت ولا تنكر حتى يدخل بها الزوج ثم تنكر النكاح وتقول لم أرض به وتدعي الجهل.

ومنها: الرجل يباع عليه ماله ويقبضه المشتري وهو حاضر لا يغير ولا ينكر ثم يقوم ويدعي أنه لم يرض ويدعي الجهل.

ومنها: من حاز مال رجل المدة التي تكون الحيازة عاملة فيها وادعى أنه ابتاعه منه فإنه

يصدق مع يمينه ولا يعذر صاحب المال إن ادعى الجهل.

ومنها: البدوي يقر بالزنا أو الشرب ويقول: فعلت ذلك جهلاً.

ومنها: من رأى حمل امرأته فلم ينكره ثم أراد أن ينفيه بعد ذلك.

ومنها: من وطئ في اعتكافه وادعى الجهل فلا يعذر.

ومنها: العبد يزني أو يشرب قبل علمه بعتقه فإنه يحدُّ كالحر ولا يعذر بجهله.

ومنها: كثير من مسائل الوضوء والصلاة والحج وكذلك أكل مال اليتيم، والمتصدي للفتوى بغير علم، والطبيب يقتل بمعاناته وهو جاهل بالطب.

ومنها: الشاهد يخطئ في شهادته في الأموال والحدود.

ومنها: ما في «الواضحة» فيمن باع جارية وقال: كان لها زوج فطلقها أو مات عنها، وقالت ذلك الجارية، لم يجز للمشتري أن يطأ ولا يزوج حتى تشهد البينة على الطَّلاق أو الوفاة، وإن أراد ردها وادعى أن قول البائع والجارية في ذلك مقبول لم يكن له ذلك وإن كان ممن يجهل معرفة ذلك.

ومنها: ما قاله أصبغ فيمن اشترى نصرانية فأعتقها في الكفارة: إنها لا تجزئه ولا يعذر بالجهل.

ومنها: الغريم يعتق بحضرة غرمائه فيسكتون ولا ينكرون ذلك ثم يريدون القيام ويدعون الجهل.

ومنها: الرجل يبيع العبد على الخيار ويتركه بيد المبتاع حتى يطول الأمر بعد انقضاء أيام الخيار.

ومنها: الشاهدان يريان الفرج يستحل والحر يستخدم فيسكتان ولا يقومان بشهادتهما، ثم يقومان ويدعيان الجهل فلا تقبل شهادتهما.

ومنها: ما في سماع عيسى في كتاب التخيير في الذي يُمَلِّك امرأته أمرها فتقول: قبلت؛ ثم تصالحه بعد ذلك قبل أن تسأل ما قبلت، ثم تقول: كنت أردت ثلاثًا لترجع فيما صالحت به أنها لا ترجع بشيء على الزوج، لأنها حين صالحت علمنا أنها لم تطلق ثلاثًا ولا تعذر بالجهل.

ومنها: المخيرة تقضي بواحدة ثم تريد أن تختار بعد ذلك، وتقول: جهلت وظننت أن لي أن أختار واحدة.

ومنها: التي يقول لها زوجها: إن غبت عنك أكثر من ستة أشهر فأمرك بيدك ، فيغيب عنها أو تقيم بعد الستة المدة الطويلة من غير أن تشهد أنها على حقها ثم تريد أن تقضي وتقول: جهلت وظننت أن الأمر بيدي متى شئت.

ومنها: الرجل يجعل أمر امرأته بيد أجنبي فلا يقضي المملك حتى يطأها ثم تريد أن تقضي ، ويقول: جهلت وظننت أن ذلك لا يقطع ما كان لي.

ومنها: المملكة والمخيرة يملكها زوجها ويخيرها فلا تقضي حتى ينقضي المجلس على أول قول مالك ثم تريد أن تقضي بعدُ ، والله أعلم.

وَالْبُلُوغُ: بِالاحْتِلامِ أَوِ بِالإِنْبَاتِ أَوْ السِّنِّ وَهِيَ ثَمَانِي عَشرَةَ، وَقِيلَ: خَمْسَ عَشرَةَ، وتَزِيدُ الأُنْثَى بِالْحَيْضِ والحَمْلِ...

حاصله: أن للبلوغ خمس علامات، منها ثلاث يشترك فيها الذكور والإناث، ومنها اثنتان تختصان بالأنثى.

وما ذكره من العلامات متفق عليه إلا الإنبات، ففي اللخمي: اختلف في البكر تشارف البلوغ، فقال ابن القاسم: لا بأس إذا جرت عليه المواسي أن تزوج برضاها ، وقال مرة: لا تزوج حتى تبلغ ، ونحوه لابن يونس(١) ، وعلى المنع فهل يفسخ مطلقًا؟ وهو قول ابن حبيب، أو لا يفسخ؟

ابن عبد السلام: اضطرب المذهب في اعتبار الإنبات كثيرًا، وقال بعض متقدمي أصحابنا: إنه يعتبر في الأحكام التي بين العباد كالقصاص وما ينظر فيه الحاكم من الحدود، ولا يعتبر فيما لا ينظر فيه القضاة كالصلاة والحج فيقتل من أنبت إن قتل، ولا يؤمر بحج ولا صيام ، وقال بعض الشيوخ: إن هذا متفق عليه.

أعني: ما ذكروه في الأحكام التي بينه وبين الله تعالى، وإنما الخلاف في القسم الآخر، ويرى صاحب هذا القول أن ما جاء من الأمر بقتل من جرت عليه المواسي لا يتعدى إلى غيره من الأحكام التي بين العبد وربه تعالى، والمشهور في السن ما قدمه.

والقول بالخمس عشرة لابن وهب، ولا فرق في هذا الفصل بين الذكر والأنثى.

---

(١) «الجامع» (٤ / ١٩٣).

وَرَجَعَ مَالكٌ إِلَى أَنَّهُ لا تُزَوَّجُ الْيَتِيمَةُ قَبْلَ الْبُلُوغِ، وعَنْهُ: إِنْ دَعَتْ حَاجَةٌ ـ ومثلُهَا يُوطَأُ ـ جَازَ ، وقِيلَ : تُزَوَّجُ وَلَهَا الْخِيَارُ إِذا بَلَغَتْ ، وقَالَ ابْنُ بَشِيرٍ: اتَّفَقَ الْمُتَأَخِّرُونَ أَنَّهُ يَجُوزُ إِذَا خِيفَ عَلَيهَا الْفَسَادُ...

(**الْيَتِيمَةُ**) من لا أب لها، والرواية المشهورة أنها لا تزوج إلا بعد البلوغ.

قال الأستاذ أبو بكر: وهو المذهب الصحيح.

وقال القاضي أبو محمد: هو أظهر الأقوال وأصح الروايات، والذي يفتى به، وإليه رجع مالك.

اللخمي: وقال مالك في «الموازية» في صبية بنت عشر سنين ذات حاجة تتكفف الناس: لا بأس أن تروج برضاها وإن كانت صغيرة لم تنبت ، فأباح أن تزوج للحاجة، وهو أحسن، وإليه أشار بقوله: (**وعَنْهُ : إِنْ دَعَتْ حَاجَةٌ ـ ومِثلُهَا يُوطَأُ ـ جَازَ**).

وفي «المتيطية»: وروى محمد بن عبد الحكم عن مالك: أنه رجع عما في «الموازية» إلى الرواية الأولى.

وحكى ابن الجلاب[1] فيه ثلاث روايات : هاتين الروايتين ، والثالثة : أن النكاح جائز ولها الخيار إذا بلغت في فسخه وإمضائه.

وجعل ابن بشير هذا الخلاف يجري في غير المميزة إذا احتاجت.

قال في «البيان»: ولا يجوز تزويج اليتيمة المميزة لمصالحها كارهةً اتفاقًا.

وقوله: (**وقِيلَ : تُزَوَّجُ وَلَهَا الْخِيَارُ إِذا بَلَغَتْ**) ظاهره: أنه يجوز الإقدام على ذلك، وبه صرح ابن بشير، وهو قريب من الرواية التي حكى ابن الجلاب.

وفي هذا القول نظر؛ لأن الخيار عندنا مناف لصحة عقد النكاح، وما حكاه المصنف عن ابن بشير.

قال ابن عبد السلام: العمل عندنا ببلدنا اليوم هو الذي عليه بشرط بلوغها عشر سنين ومشاورة القاضي، قال غيره: وتأذن بالقول وما يكون لها ميل إلى الرجال.

قال في «المتيطية» : وبه جرى العمل عند الموثقين وانعقدت به الفتوى.

(١) «التفريع» (٢/ ٣١).

وذكر عياض أن الحذاق على الإجبار متى خيف عليها الفساد وإن كانت ثيبًا.

وَعَلَى الْمَشْهُورِ يُفْسَخُ وَإِنْ دَخَلَ.

هكذا وقع في بعض النسخ، وفي بعضها: **(ما لم يدخل)** وهو كذلك في ابن شاس[1] لأنه قال: وإذا فرعنا على الرواية الصحيحة فزوجت فروي: يفسخ النكاح ولا يقران عليه وإن بلغت ما لم يدخل.

وقيل: ينظر فيه الحاكم، فإن رآه صوابًا أمضاه وإلا فسخه.

وقيل: الخيار لها، فإن رضيت مضى، وإلا فسخ ، وإنما يكون ذلك بعد بلوغها.

ابن عبد السلام: النسخة الأولى هي الصحيحة ، فإن ابن حبيب نقل عن مالك وأصحابه أنه يفسخ وإن ولدت أولادًا ورضيت بزوجها ، وقيل: يفرق بينهما ما لم يطل بعد الدخول.

قال أصبغ متممًا لهذا القول: ما لم يطل وتلد أولادًا، ولم ير الولد الواحد والسنتين بعد ذلك طولاً.

وفي «المتيطية»: المشهور إذا زوجت وكانت غنية أنه يفسخ قبل الدخول وبعده ما لم يطل بعد الدخول ، ثم ذكر ما رواه ابن حبيب.

وعلى هذا فتكون نسخة **(وَإِنْ دَخَلَ)** مقيدة بما إذا لم يطل، ويكون قوله في النسخة الثانية: (ما لم يدخل) يريد ويطول بعد الدخول.

قال في «البيان»[2]: وقال ابن القاسم: لا يفسخ لقوله تعالى: ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ** ﴾ [النساء: ٣] معناه: لا تعدلوا في تزويجهن ، وهو دليل جواز العقد عليهن قبل البلوغ، إذ البالغ لا يقال له يتيم.

قال: وقيل: تخير إذا بلغت ما لم يطل الأمر بعد الدخول؛ لأنه حق لها، وقال مالك: يكره فإن وقع لم يفسخ.

وَإِنْ تَقَدَّمَ الْعَقْدُ عَلَى الإِذْنِ فَثَالِثُهَا الْمَشْهُورُ: إِنْ تَعَقَّبَهُ قَرِيبًا صَحَّ.

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٣٧).

(٢) «البيان والتحصيل» (١٥/ ٣٨١).

معناه: إذا عقد ولي على امرأة نكاحًا قبل أن تأذن ثم بلغها ذلك فرضيت ففي ذلك ثلاثة أقوال، وهي أيضًا فيمن زوج ابنه البالغ ثم بلغه ذلك فرضي، نص على ذلك اللَّخْمِي، أما إن لم ترض فلا إشكال في عدم اللزوم، والثلاثة الأقوال لمالك، الإجازة مطلقًا في «الموازية»، والمنع مطلقًا حكاه الجلاب[1] ، والمشهور مذهب «المدونة»، والضمير في (تَعَقَّبَهُ) عائد على العقد، والضمير المستتر عائد على الإذن.

واختلفت طرق الشيوخ في هذه المسألة، فحكى ابن زرقون الثلاثة كالمصنف، وذكر في «التنبيهات» عن بعضهم أن الخلاف إنما هو في البعد.

وقال في «البيان»[2]: إنما اختلف في القرب وأما مع البعد فلا يجوز النكاح، وإن أجازه باتفاق إلا على تأويل التونسي؛ فإنه تأول أنه لا فرق على أحد قولي مالك بين القرب والبعد، وعلى هذا فيكون في المسألة ثلاثة أقوال. انتهى.

وجعل الباجي[3] المسألة على وجهين:

أحدهما: أن يكون موقوفًا من الطرفين.

والثاني: أن يكون موقوفًا من طرف واحد، وحكى في الموقوف من طرفين قولين: الجواز مطلقًا، والمنع مطلقًا، قال: وهو الصحيح عندي.

وقد اختاره ابن القصار، وقال: وأما الموقوف أحد طرفيه على الآخر ، ففي كراهة ما قرب منه قولان، وما بعُد قولان: الجواز والإبطال، وعلى المنع فعن ابن القاسم : يفسخ قبل، ويثبت بعد؛ لأن جل الناس على إجازته.

قال في «البيان»[4]: واختاره محمد، وفي سماع عيسى عن ابن القاسم : يفسخ ما لم يطل بعد الدخول.

وقال أصبغ: يفسخ أبدًا وإن طال.

وقال أصبغ أيضًا: يؤمرون بالفسخ من غير حكم لاختلاف العلماء فيه ، وهذا ما لم

---

(١) «التفريع» (٢/ ٣١).

(٢) «البيان والتحصيل» (٤/ ٢٦٩).

(٣) «المنتقى» (٥/ ٢٥).

(٤) «البيان والتحصيل» (٤/ ٢٦٩).

يعترف الولي بالافتيات حال العقد، أو يدعي الوكالة؛ فإن اعترف بالافتيات عند العقد فسخ النكاح أبدًا اتفاقًا ، وإن ادعى الوكالة حال العقد ووافقته الزوجة صح النكاح اتفاقًا، واختلف إذا أنكرت، فقيل: تحلف ، وإن نكلت لزمها النكاح، وقيل: تحلف، وإن نكلت لم يلزمها النكاح، واليمين على هذا إنما هي استظهار لعلها تعترف بالوكالة، وقيل: لا يمين عليها.

وأما حد القرب، فقال في «المدونة»[1]: وإن كانت بغير البلد أو فيه وتأخر إعلامها لم يجز وإن رضيت ، وهذا قول مالك وأصحابه ونحوه لعيسى لأنه حَدَّ القرب بأن يعقد في السوق أو في المسجد ثم يسار إليها بالخبر من ساعته، ونحوه روى ابن حبيب عن مالك أنه اشترط ثلاثة شروط، فقال: إن كان الرضا بقرب تزويجه وكانت معه في البلد والموضع قريب جاز، وإن كانت بغير البلد أو كانت بعيدة وإن جمعهما البلد أو تباعد ما بين تزويجه ورضاها وإن كانا بموضع واحد فلا يجوز، وقال أصبغ وسحنون: اليوم واليومان قريب، والخمسة كثيرة، وجعل مالك اليوم في رواية ابن حبيب من حيز الكثير، وعن سحنون: ما بين مصر والقلزم قريب، وما بين مصر والإسكندرية أو أسوان بعيد.

اللخمي: ولا أعلم له وجهًا إلا أن يقول: إن الخيار إلى يوم أو يومين جائز.

واعلم أنه إنما يجوز على المشهور بالقرب إذا لم تصرح قبل ذلك بالرد، وأما إن قالت: ما وكلته ولا أرضى ، ثم رضيت فلا يجوز، نص عليه في «المدونة»[2] و«الموازية»، زاد في «الموازية» عن مالك: وإن أقرت بعد ذلك بوكالته وأنها كانت راضية فلا يجوز ولا يثبت إلا بنكاح جديد.

وَالصُّمَاتُ هُنَا لَغْوٌ.

يعني: إذا رضيت بالنكاح في هذه المسألة فلا يشهد عليها إلا من يسمع نطقها، ولا يكون سكوتها هنا رضًا ؛لأن الولي لما تعدى عليها افتقرت إلى التصريح برفع العداء، وهو مذهب «المدونة»، وقيل: يكتفى منها أيضًا هاهنا بالصمات.

فائدة: هذه إحدى سبع أبكار لا يكون رضاهن إلا بالنطق، ذكرها الموثقون.

---

(١) «المدونة» (٤/ ٢٠٥).

(٢) «المدونة» (٤/ ٢٠٥).

والثانية: المرَشَّدة كان الأب أو ولي.

الثالثة: المعَنَّسة، هكذا أطلق ابن راشد القول في المعنسة.

وقال الباجي[١] والغرناطي وابن عبد السلام: اليتيمة المعنسة ، وقد تقدم فيها خلاف.

الرابعة: اليتيمة تزوج لعبد أو من فيه عقد حرية أو لذي عيب إذ ذاك عيب تدخل عليه ويلزمها.

الخامسة: التي عضلها وليها فرفعت أمرها إلى الحاكم.

السادسة: اليتيمة الصغيرة المحتاجة، ذكرها الغرناطي.

السابعة: اليتيمة إذا سيق لها مال نسبت معرفته إليها إذا لم يكن لها وصي.

المتيطي: وحكى ابن لبابة وابن العطار عن كثير من شيوخنا: أنه إن كان صداقها عرضًا فلابد من نطقها لأنها بائعة مشترية، والشراء لا يلزم بالصمت فلابد من نطقها لأن الولي إنما له عوض البضع لا الشراء ثم حصل فيها ثلاثة أقوال : فرق في الثالث بين العرض فلابد من نطقها، وبين العين فيكتفى بالصمت.

فَإِنْ أَقَرَّتْ بِالإِذْنِ، وَقَالت: لَمْ يزوجني، صُدِّقَ الْوَكِيلُ إِنِ ادَّعَاهُ الزَّوْجُ كَوَكِيلِ الْبَيْعِ .

تصوره ظاهر؛ لأن كلا من الزوجة وصاحب السلعة مقر بالإذن، والوكيل قائم مقامهما، ولا يكلف إقامة البينة على إقامة النكاح والبيع.

ابن بشير: ويختلف إذا عزلته، وقالت: لم يعقد إلا بعد العزل، وادعى هو العقد قبله.

وَقَالَ مَالِكٌ: وَتَكْشِفُ مَنْ لا تُعْرَفُ لِمَنْ يَشْهَدُ عَلَى رُؤْيتِهَا.

يعني: أن المرأة إذا شهد عليها الشهود في النكاح - وفي معناه سائر الحقوق - فإن كان الشهود يعرفونها بالعين والاسم والنسب شهدوا عليها ولا يحتاجون إلى النظر إليها، وإلا فلابد من نظرها، ويحتاج في ذلك إلى أن يكتب من صفاتها في الوثيقة ما تعرف بها، ولا يقول في نص الوثيقة: من يعرفها باسمها، ولكن يقول: من يعرفها بعينها.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٢٥).

ولهذا قال في «البيان»[١] : وينبغي إن وجد من العدول من يعرفها فلا يشهد عليها من لا يعرفها ، قال: ولا يصلح لمن يشهد عليها أن يشهد غيره على شهادته أن فلانة بنت فلان أشهدتهم بالرضا بالنكاح لاحتمال ألا تكون هي التي أشهدتهم فيموتوا ويشهد على شهادتهم فيلزمه نكاح ولم ترض به ولا أشهدت به على نفسها؛ لأن إشهادهم على شهادتهم بذلك كشهادتهم به عليها عند الحاكم، قال: وأما عند الأداء فلا يحل للشاهد أن يشهد بالإجماع إلا على من يعرف أنه هو الذي أشهده دون شك. انتهى.

قال بعضهم: وإذا حضر عقد النكاح من يعرف المشهدين ، ومن لا يعرفهم كان لمن لا يعرف أن يشهد ،ولا يلزمه أن يبين ما يلزمه لو انفرد ، قال:وبه جرى العمل عندهم، وفيه نظر.

فرع: يجوز النظر للشابة الأجنبية الحرة في ثلاثة مواضع : للشاهد ، وللطبيب ونحوه، وللخاطب ، وروي عن مالك عدم جوازه للخاطب، ولا يجوز لتعلم علم ولا غيره، قالوا : ولا يباح للخاطب أن ينظر إليها إلا إلى وجهها وكفيها.

ويحتاج في ذلك إلى إذنها في رواية ابن القاسم، وكره فيها أن يستغفلها ، وروى محمد بن يحيى:أن لا بأس أن ينظر إليها وعليها ثيابها.

قال في «البيان» [٢]: يحتمل أن ينظر إليها مستغفلة إذا علم أن عليها ثيابها، ويحتمل أن ينظر إليها بعد إعلامها.

ابن العربي: وينظر إلى المخطوبة قبل العقد لما في «أبي داود» أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل**»[٣] .

فَإِنْ أَذِنَتْ وَلَمْ تُعَيِّنْ الزَّوجَ فَفِي وُقُوفِهِ عَلَى إِجَازَتِهَا قَوْلاَنِ إلا مِنْ نَفْسِهِ فَيَقِفُ عَلَيْهَا

---

(١) «البيان والتحصيل» (٤/ ٢٨١).

(٢) «البيان والتحصيل» (٤/ ٢٨١).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٠٨٢)، وأحمد (١٤٦٢٦)، والحاكم (٢٦٩٦)، وابن أبي شيبة (٤/ ٢١)، من حديث جابر بن عبد الله ـ رضي الله عنهما.
قال الحاكم : هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه.
وحسنه الألباني ـ رحمه الله.

القولان في «المدونة»، ففيها: قال مالك: وإن قالت امرأة لوليها زوجني ممن أحببت، فزوجها من نفسه أو من غيره لم يجز حتى يسمي لها من يزوجها منه، ولها أن تجيز أو ترد، وقد قال عبد الرحمن: إن زوجها من غيره جاز وإن لم يسمه، وإن زوجها من نفسه فبلغها ذلك فرضيت جاز.

اللخمي: وقول ابن القاسم أحسن لأنها وكالة على ما يجوز بيعه، فأشبهت الوكالة على غير ذلك من البياعات وقياسًا على توكيل الزوج إذا لم يعين المرأة ولا أعلمهم يختلفون أن ذلك يلزمه، ويمكن أن يفرق بين الرجل والمرأة بأن الرجل قادر على الطَّلاق.

واختلفت طرق الشيوخ إذا زوجها من نفسه؛ ففي «البيان»[1]: لا يلزمها إلا أن تشاء باتفاق.

وحكى اللَّخْمِي عن ابن القصار اللزوم، وبنى ابن بشير ذلك على الخلاف بين الأصوليين، هل يدخل المخاطب تحت الخاطب أم لا؟

قال: وكذلك اختلف في البيع هل له أن يبيع من نفسه أم لا؟ والمشهور: ليس له ذلك، وقد يقال بعدم دخول المخاطب هنا، ولو قلنا: إن المخاطب يدخل تحت الخطاب لأن القرينة العرفية هنا تخالفه.

وإذا فرعنا على المنع فهل له أن يزوجها ممن هو في ولايته كابنه ويتيمه؟ أجراه اللَّخْمِي على الخلاف في الوكيل على البيع فيبيع لولده، فرده ابن القاسم وإن لم تكن فيه محاباة، وأجازه سحنون.

وقوله: (لَمْ تُعيِّنْ) أي: وأما إن عينت الزوج فإنه يجوز باتفاق إذا وقف على إجازتها، ففي «البيان»[2] لها الرضا قرُب الأمد أو بعد.

وقال ابن حبيب: إنما يجوز ذلك إذا كان بحدثان العقد، وأما إن لم يكن بحدثانه فليس لها الرضا إلا بنكاح جديد بعد فسخ الأول على قياس المشهور في الولي يزوج وليته الغائبة ثم ترضى، وليس بصحيح؛ لأنهما مسألتان.

وَيَجِبُ عَلَى الْوَلِيِّ تَزْوِيجُ الْبَالِغِ إِذَا دَعَتْ إِلَى كُفْءٍ مُعَيَّنٍ، فَإِنْ عَضَلَهَا أَمْرٌ فَإِنِ امْتَنَعَ

(١) «البيان والتحصيل» (٤/ ٢٩٨).
(٢) «البيان والتحصيل» (٤/ ٢٩٨).

زَوَّجَهَا الْحَاكِمُ...

لأنه لو لم يجب عليه تزويجها مع كونها مضطرة إلى عقده إذ ليس لها أن تعقد كان ذلك من أعظم الضرر بها.

قال صاحب «العمدة»: ويعقد السلطان لأنه كالحاكم عليه، وإن شاء رده إلى غير العاضل فصرح بأنها تنتقل إلى الحاكم لا إلى الأبعد، وكذلك هو ظاهر كلامهم.

والعضل: المنع من التزويج، يقال: عضل يعضل ويعضل عضلاً.

ابن راشد: ولو عين الولي كفئًا غير الكفء الذي عينته فالأمر في ذلك إليها.

ابن القاسم: ولو رفعت أمرها إلى القاضي فلا يزوجها حتى يسألها هل لها ولي؟ فإن ثبت عنده أنها لا ولي لها من جيرانها وغيرهم زوَّجها، وإن كان لها ولي فلا يزوجها حتى يدعوه، وإن امتنع من إنكاحها سأله عن وجه امتناعه، فإن رآه صوابًا ردها إليه صاغرة ولم يجبره على إنكاحها ممن كره، وإن رآه ضرراً وكل من يزوجها بعد أن يثبت عنده من أمرها ما يجب .

ابن أبي زمنين وابن العطار: وبه جرى العمل واستمر الحكم.

وَعَضَلُ الأبِ فِي الْبِكْرِ لا يَتَحَقَّقُ بِرَدِّ خَاطِبٍ أَوْ خَاطِبَيْنِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ ضَرَرُهُ.

نحوه في «المدونة»[1] زاد فيها: وإذا تبين ضرره قال له الإمام: إما أن تزوجها أو زوجناها عليك؛ لأن النبي ﷺ قال: **«لا ضرر ولا ضرار»**[2] .

وخص الولد بهذا الحكم لما جبل عليه من الحنان والشفقة ولجهلها بمصالح نفسها، فربما علم منها ما لا يحسن به حالها مع هذا الخاطب أو علم من حال الخاطب ذلك.

وقال أبو الفرج: هو عاضل برد أول خاطب.

وقال ابن حبيب: ليس للسلطان أن يتسور عليه في ابنته وإن طلبت ذلك الابنة ، وقد

---

(١) «تهذيب المدونة» (١/ ٢٩٩).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٣٤١)، وأبو يعلى (٢٥٢٠)، والطبراني في «الكبير» (١١٥٧٦) من حديث ابن عباس ـ رضي الله عنهما.
وصححه الألباني ـ رحمه الله.

منع مالك بناته من النكاح وقد رغب فيهن خيار الرجال، وفعل ذلك العلماء قبله وبعده.

والظاهر: أن قوله ليس بخلاف للمذهب، لأنه شرط في المذهب أن يتبين الضرر.

وليس في كلام ابن حبيب ذلك، بل استشهاده بفعل مالك وغيره من العلماء ويبين ذلك؛ لأنهم لا يقصدون الضرر فضلاً عن أن تبين ذلك منهم، لكن حمل اللخْمِي وصاحب «البيان» وغيرهما قول ابن حبيب على الخلاف.

وقال اللخمي: إن كان الأب من أهل العلم والصلاح لم يعرض له وإن لم يكن سئل الجيران، فإن لم يكن عذر زوجت.

تنبيهان:

الأول: المزوج مع عضل الأب الحاكم بلا إشكال ، نص عليه المتيطي وغيره، وهو مما يبين أنه إذا امتنع الولي الأقرب ينتقل إلى الحاكم لا إلى الأبعد.

الثاني: قوله في «المدونة»[١]: حتى يتبين ضرره يقتضي أنه إذا جهل أمره لم تزوج عليه.

وكذلك قال في «أحكام ابن زياد»: في الثيب إذا قالت: عضلني أبي لغير عذر، وقال الأب: لعذر، القول قوله، وعلى الثيب إثبات ما ادعت.

وَإِذَا كَانَ أولياء فِي دَرجَةٍ فَبَادَرَ أَحَدُهُمْ صَحَّ ، وَإِن تَنَازَعُوا فَأَفضَلُهُمْ ثُمَّ أَسَنُّهُمْ، فَإِن تَسَاوَوْا عَقَدُوا جميعًا...

لا إشكال في الصحة مع مبادرة أحدهم لكن لا يقدم على ذلك ابتداء، فقد روى ابن وهب عن مالك في امرأة لها وليان في درجة غاب أحدهما فزوجها الحاضر برضاها: لم يكن للغائب كلام، وإن كانا حاضرين ففوضت لأحدهما لم يزوجها إلا بإذن صاحبه؛ فإن اختلفا في ذلك نظر السلطان فأجاز رأى أحسنهما نظراً لها، ذكره صاحب «الكافي»[٢] والمتيطي وغيرهما، لكن مقتضى قوله في «المدونة» : وإنما الذي لا ينبغي لبعض الأولياء أن ينكح وثم من هو أولى منه؛ لأن تقديم الأقرب على الأبعد إنما هو من باب الأولى، وأن لبعض الأولياء إذا كانوا في درجة أن يزوج ابتداء بغير إذن الباقين.

---

(١) «المدونة» (٤/ ١٦٤).

(٢) «الكافي» (ص/ ٢٣٣).

ونقل عياض عن بعض البغداديين أنهم أجازوا إنكاح الأبعد مع وجود الأقرب ابتداءً من غير كراهة.

قوله: (فِي دَرَجَةٍ) أي: كإخوة وأعمام، وما ذكره المصنف من أنه يقدم بالفضل ثم بالسن وأنهم إن تساووا في الفضل والسن عقدوا جميعًا هو لمالك عند ابن حبيب، والذي رواه ابن القاسم، وهو مذهب «المدونة» عند اللَّخْمِي والباجي(١) وعبد الحميد وغيرهم أنه ينظر السلطان؛ لأن فيها: وإذا اختلف الأولياء وهم في العقد سواء نظر السلطان في ذلك، ففهموا منها العموم.

ابن بشير: وقال سحنون: معناه في الأوصياء، وأما الأولياء فمن قدمته المرأة فهو أحق.

خليل: وفيه نظر؛ لأن سحنون إنما نص على أن ذلك في الأوصياء فقط ولم يتعرض للأولياء، وإنما قال: إن المرأة تخير فيمن يتولى العقد عليها بعض القرويين على ما نقله الباجي وابن زرقون وغيرهما، ونقل عبد الحميد عن المغيرة: أنه يقرع بين الأولياء إذا تساووا.

وفي «الكافي»(٢): وإذا تساووا في الدرجة والفضل وتشاحوا نظر الحاكم في ذلك فما رآه سدادًا ونظرًا أنفذه وعقده، أو رده إلى من يعقده منهم، وقد قيل: يأمر أحدهم بالعقد ولا يعقده هو مع ولي حاضر.

ابن راشد: والأول تحصيل المذهب لقوله ﷺ في الأولياء: «**فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له**».

فَإِنْ اخْتَلَفُوا فَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ: يَنْظُرُ السُّلْطَانُ.

أي: في تعيين الزوج، فقال بعضهم: لهذا، وقال الآخرون: بل لهذا، وأما الأولى فالاختلاف فيها فيمن يلي العقد مع الاتفاق على الزوج.

قال ابن عبد السلام: وهو فهم حسن من المؤلف «للمدونة» في المسألة التي قال فيها: وإذا اختلف الأولياء وهم في العقد سواء. انتهى.

---

(١) «المنتقى» (٥ / ٢٢٧).

(٢) «الكافي» (ص/ ٢٣٣).

وهو حسن إن ساعدته الأنقال، وقد قال ابن سعدون: إن قوله في «المدونة»: اختلفوا، يحتمل أن يكون فيمن يلي الإنكاح أو في الزوج.

وَفيهَا: وَإِذَا أَذِنَتْ لِوَلِيَّيْنِ فَعَقَدَا عَلَى شَخْصَيْنِ فَدَخَلَ الثَّانِي وَلَمْ يَعْلَمْ فَهِيَ لَهُ، حَكَمَ بِذَلِكَ عُمَرُ ـ رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ ـ بحضرة الصَّحَابَة ـ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ ـ وَلَمْ يُنْكِروا، وَمُعَاوِيَةُ لِلْحَسَنِ عَلَى ابنِهِ يَزِيدَ وَلَمْ ينكروا، وَقَالَ ابْنُ عَبد الْحَكَمِ: السَّابِقُ بِالْعَقْدِ أَوْلَى...

نسبها «للمدونة» لإشكالها حكمًا وتصويرًا، وللإرشاد إلى الاستعانة على فهمها بشروحات «المدونة» ، أما إشكالها حكمًا فلأنه حكم بها للثاني مع أنها زوجة لغيره، وعدم العلم لا يمنع من كونها متزوجة، فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٤] ولهذا ذكر عمر ومعاوية ـ رضي الله تعالى عنهما ـ إشارة إلى دليل المسألة ، وإلا فليس عادة المصنف ذكر الأدلة ، وبقول ابن عبد الحكم قال المغيرة وابن مسلمة، ورواه حمديس عن مالك ، وهو اختيار ابن لبابة ،وهو أقيس، وهو قول الشافعي وأكثر العلماء، وحكى عبد الوهاب مثل المشهور عن علي رضي الله تعالى عنه والحسن.

قال في «الجواهر»[1] : وبه قال ابن شهاب ويحيى بن سعيد وربيعة وعطاء ومكحول وغيرهم.

فإن قلت: لا يحتج بهذا على الشافعي؛ لأنه لا يرى مذهب الصحابي حجة.

قيل: هذا ليس هو مذهب الصحابي فقط بل هو إجماع سكوتي، وهو حجة على المختار، وهو أحد قولي الشافعي ،وله قول آخر : إنه ليس إجماعًا ولا حجة.

وبيان رجحان الأول في علم الأصول.

ودليلنا من جهة القياس: أنه قد أجمع على أن من اشترى شقصًا من أرض أن للشريك نقض البيع والأخذ بالشفعة لأجل الضرر الداخل عليه.

وإذا كانت العلة في إبطال عقد المشترى إنما هو ما يلحق الشريك من الضرر لزم أن يكون كذلك في مسألتنا من باب أولى للتطلع على العورات، وفي تغريم الزوج الثاني الصداق وفراقه ممن ذاق عسيلتها ضرر بيّن، ثم إن المضرة في مسألتنا واقعة وهي في مسألة

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٢٩).

الشفعة متوقعة، وأجرى اللَّخمي الخلاف في الفسخ هل ذلك من الآن أو من البلوغ؟

فمن قال: من البلوغ، حكم بها للثاني، لأنه نكاح بوكالة ، ومن قال بالأول قال: الأول أحق لأن عقد الأول نسخ لوكالة من لم يعقد.

فإن قلت: كيف الجواب عما رواه أبو داود عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: **«أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول»**[1] .

قيل: الجواب حمله على عدم دخول الثاني جمعًا بين الأدلة.

وأما إشكالها تصويرًا، فلأنها فوضت إلى وليها، وقد علمت أن أشهر القولين في ذلك أنه لا يعقد عليها النكاح حتى يعين لها الزوج، وإذا فعل ذلك تعين الأول.

ويجاب عنه: باحتمال أن تكون فوضت إليهما في رجلين معينين أو لما عين لها الثاني نسيت الأول لا سيما إذا بُعد ما بين العقدين ولا إشكال إذا لم يدخل الثاني في فسخ نكاحه.

محمد: بغير طلاق.

تنبيه:

ألحق مالك في «الواضحة» تلذذ الثاني بوطئه في الفوات، وأورد على المشهور أن من وكل رجلين فزوجه كل منهما امرأة وله ثلاث نسوة، فقد قالوا: إن نكاح الأولى هو الصحيح ويفسخ نكاح الثانية، ولو دخل بها وفرق بأن الحاجة داعية في المرأة إلى التوكيل لأنها لا تستقل بعقد النكاح فناسب ألا يفسخ نكاحها بخلاف الرجل فإنه قادر على أن يتولى الزواج بنفسه.

ورده صاحب «الاستلحاق»؛ لأنه لو صح لاطرد، فيلزم ألا يعذر مالك السلعة إذا وكل على بيعها، ثم تولى هو بيعها مع أن المشهور إمضاء البيع.

الثاني: إن اتصل به القبض.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٠٨٨)، والترمذي (١١١٠)، والنسائي (٤٦٨٢)، وفي «الكبرى» (٥٣٩٧)، وأحمد (٢٠٠٩٧)، والدارمي (٢١٩٣)، والحاكم (٢٢٥٤)، والبيهقي في «الكبرى» (١٣٥٨٢)، من حديث سمرة بن جندب ـ رضي الله عنه.

وضعفه الألباني ـ رحمه الله.

ابن بشير: وفرق المغيرة بين البيع والنكاح، فقال: الثاني أحق في النكاح لا البيع، وأكثر الشيوخ لا يفرقون في هذه المسألة بين أن تفوض لوليين معًا أو لأحدهما بعد الآخر.

وقال الباجي[١] : إن فوضت لأحدهما بعد الآخر فالنكاح للأول ويفسخ نكاح الثاني ولو دخل.

أَمَّا لَوْ دَخَلَ بَعْدَ عِلْمِهِ لَمْ يَنْفَعْهُ الدُّخُولُ وَكَانَتْ لِلأَوَّلِ مِنْهُمَا .

يعني: أن من شرط كونها للثاني أن يدخل وهو غير عالم بالأول لتقوى شبهته، وأما لو دخل بعد علمه أنه ثان فلا، وهذا بين إن قامت بينة الآن على أنه كان عالمًا، وإن لم يعلم إلا من قوله فقال ابن يونس[٢] وصاحب «اللباب»: يفسخ نكاحه بطلقة بائنة ولها الصداق كاملاً.

قال في «المقدمات»[٣]: وهو الصحيح، وقال عبد الملك : يفسخ بغير طلاق.

وانظر على قول عبد الملك هل ترد للأول ؟ محمد: ولو أقر المزوج آخرًا وهو الأب أو الوكيل أنه كان عالمًا بتزويج الأول لم يصدق على الزوج إلا أن تشهد بينة على إقراره بالعلم قبل العقد من الثاني فيفسخ بغير طلاق.

وَإِنْ كَانَ مُطَلِّقًا بَعْدَهُ أَوْ مَيِّتًا بَعْدَهُ أَوْ قَبْلَهُ وَلَمْ تَنْقَضِ الْعِدَّةُ فَكَذَلِكَ.

يعني: أن الثاني إذا دخل عالمًا لا يفيده ولو كان الأول مطلقًا بعده، أي بعد دخول الثاني، فإن تطليق الأول لا يصح نكاح الثاني لعلمه بأنه ثان، وكذلك لو مات الأول بعد دخول الثاني أو قبل دخول الثاني بشرط عدم انقضاء عدة الأول؛ لأن الثاني حينئذ ناكح في عدة، وحينئذ تحرم عليه على التأبيد لما سيأتي.

وفي كلامه نظر؛ لأنه يقتضي أنه إن دخل الثاني بعد انقضاء العدة أنه لا يفسخ، وليس بظاهر؛ لأن المقتضي للفسخ علمه بالأول، ولو كان دخوله بعد انقضاء العدة مصححًا لزم أن يكون كذلك إذا طلقها الأول قبل دخول الثاني؛ لأن الأول طلقها قبل البناء فلا عدة عليها.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٢٧).

(٢) «الجامع» (٤ / ١٨٨).

(٣) «المقدمات» (١/ ٢٩١).

وقد نص صاحب «العمدة» على أنه لا يفيده، وعلى هذا التقدير الذي ذكرناه ، فإن (إنْ) من قوله: (وَإِنْ كَانَ مُطَلِّقًا) بمعنى «لو»، واسم «كان» عائد على الزوج الأول، والضمير في قوله: (بَعْدَهُ أَوْ قَبْلَهُ) عائد على دخول الثاني.

ووقع في بعض النسخ بزيادة (فَكَذَلِكَ) بإثر الكلام المتقدم (فإن) على هذا هي شرطية وجوابها: قوله: (فَكَذَلِكَ) ويكون هذا الكلام ابتداء مسألة، ويكون المعنى أنه: ولو كان الزوج الأول مطلقًا بعد دخول الثاني أو ميتًا بعد دخوله أو قبل دخوله، ولم تنقض عدتها من الأول حتى دخل الثاني (فَكَذَلِكَ) أي: فتكون للثاني، وهذه النسخة أحسن؛ لأن ابن المواز ذكرها كذلك ، وتكلم الشيوخ عليها ، فحمل كلام المصنف عليها أولى، ففي ابن يونس[1]: قيل لابن المواز: فإن مات الأول منهما، أو طلق قبل أن يدخل الآخر، ثم دخل بها الآخر بعد موته أو بعد طلاقه؟

قال: فإن لم يعلم بذلك حتى دخل ثبت نكاحه كما لو دخل بها والأول حي لم يمت، ولم يطلق، ولا ميراث لها من الأول، ولا عدة عليها منه.

وفي «المقدمات»[2] : إن عثر على ذلك بعد دخول الثاني وقد كان الأول مات أو طلق، فلا يخلو إما أن يكون عقد ودخل قبل موت الأول أو طلاقه ، أو يكون عقد ودخل بعد موته أو طلاقه.

فأما إن كان عقد ودخل قبل موت الأول أو طلاقه فينفذ نكاحه بمنزلة الذي لم يمت ولا طلق على مذهب ابن القاسم.

وأما إذا عقد ودخل بعد موت الأول أو طلاقه فهو في الموت متزوج في عدة، فيفسخ نكاحه وترث زوجها الأول، وفي الطَّلاق نكاحه صحيح لأنه في غير عدة.

وقال ابن الماجشون: إن كان الذي زوجها منه آخر بعد طلاق الأول هو الأب؛ فلا يفسخ نكاحه مطلقًا إن لم يدخل ، فإن كان الوكيل هو الذي زوجه فسخ نكاحه إلا أن يدخل، وجه قوله: إن الأب مطلق على النكاح والوكيل على النكاح تنفسخ ولايته بتزويج الأب قبله، وأما إن عقد قبل الموت أو الطَّلاق ودخل بعد ذلك، فحكى محمد بن المواز أن ذلك بمنزلة ما إذا عقد ودخل قبل الموت أو الطَّلاق فينفذ نكاحها ولا ميراث لها من الأول،

---

(١) «الجامع» (٤ / ١٨٨).

(٢) «المقدمات» (١/ ٢٩٢).

ولا عدة عليها منه.

والصواب: أنه في الفوات متزوج في عدة، بمنزلة امرأة المفقود تتزوج بعد ضرب الأجل وانقضاء العدة، ويدخل بها زوجها فينكشف أنها تزوجت قبل وفاة المفقود، ودخلت بعد وفاته في العدة أنه يكون متزوجًا في العدة ولا فرق بين المسألتين، وبالله التوفيق.

فَإِنْ اتَّحَدَ زَمَانُ الْعَقْدَيْنِ أَوْ جُهِلَ قَبْلَ الدُّخُولِ فُسِخَ بِطَلَاقٍ، وقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: يُوقَفُ الطَّلَاق، فَإِنْ تَزَوَّجَهَا أَحَدُهُمَا لَمْ يَقَعْ عَلَيْه طلاقٌ، وإِنْ تَزَوَّجَهَا غَيْرُهُمَا وَقَعَ عَلَيْهِمَا...

اعلم أني لم أر في كتب أصحابنا الفسخ بطلاق إلا فيما إذا جهل زمان العقدين وهو الذي نص عليه في «المدونة» وما ذكره المصنف من أنه يفسخ بطلاق مع الاتحاد لم أره، وهو مشكل لاستحالة الشركة في الزوجة شرعًا، فلم تدخل في عصمة أحدهما.

وقال ابن عبد السلام: في المسألة ثلاثة أقوال:

المشهور: أنه يفسخ النكاحان بطلاق، وهو ظاهر إذا جهل لأن أحد العقدين صحيح.

الثاني: لسحنون: يفسخ النكاحان بغير طلاق، وهو ظاهر إذا اتحد زمن العقدين.

والثالث: قول ابن المواز: لا يعجل بالطلاق وتباح للأزواج ؛ فإن أرد تزويجها وقع على كل واحد منهما طلقة لتحل للغير بيقين، وإن أراد أحدهما تزويجها لم يقع عليه شيء، ووقع على الآخر لأن المتزوج إن كان هو الأول في نفس الأمر فلم تزل في عصمته، وإن لم يكن هو الأول، فلم يتقدم له نكاح حتى يقع فيه طلاق، ولعله اعتمد في اتحاد العقدين على المصنف.

فإن قلت: فما الحكم لو لم يطلع في هذه المسألة إلا بعد دخول أحدهما قبل الفوات ولا إشكال فيه، ولوضوحه ترك المصنف التعرض إليه لأنا إذا قلنا بالفوات بالدخول مع العلم بكونه ثانيًا، فلأن يكون كذلك مع عدم العلم من باب أولى.

اللخمي: ويأتي على قول ابن عبد الحكم أن الداخل لا يكون أحق لأنه على شك.

فإن مَاتَتْ والأَحقُّ مَجْهُولٌ فَفِي الإرْثِ قَوْلَانِ.

الأحق :من يقضى له بها لو علم به وهو الأول مطلقًا على قول ابن عبد الحكم، وعلى المشهور فهو إما الأول قبل الدخول ، وإما الثاني بعد الدخول، فإن جهل بعينه وقد

ماتت المرأة فقولان.

ابن بشير وابن شاس[١] : للمتأخرين قولان وأكثرهم على السقوط؛ لأنه ميراث مع الشك، والآخر لابن محرز، قال : القياس أن يكون الميراث بينهما والصداق عليهما لأن الميراث ثابت للزوج منهما، وهما يتنازعانه، فيدعي كل واحد منهما أنه الأول، وليس أحدهما أولى من الآخر، فيقسم بينهما، وليس هو من باب الميراث بالشك وهو كمن مات عن أم وابنتها ولم تعلم الأولى منهما، وكمن طلق إحدى نسائه ثم مات، ولم تعلم المطلقة فإن الميراث بينهما نصفان ، وإلى هذا أشار المصنف بقوله:

فَإِنْ ثَبَتَ الإِرْثُ ثَبَتَ الصَّدَاقُ.

مفهوم كلامه: أنه إن لم يثبت الإرث ينتفي الصداق، وهو خلاف ما في «الجواهر»[٢] لأنه قال: ويثبت الصداق حيث يثبت الميراث، وأما حيث ينتفي فإنما يكون عليه ما زاد منه على قدر الميراث .

وفي «اللباب»: قال بعض المذاكرين: من كان صداقه قدر ميراثه فأقل فلا شيء عليه، ومن كان ميراثه أقل غرم ما زاد على ميراثه بثبوت ذلك عليه.

ولم يصرح المصنف هل يجب مجموع كل واحد من الصداقين، فلا يستحق أحد الزوجين شيئًا من الميراث إلا بعد دفعه جميع الصداق ، لأنه مقر بوجوب ذلك عليه، أو نصفه؟ لأنه لو دفع كل واحد من الزوجين صداقًا كاملاً لأخذ كل واحد من الورثة ضعف حقه من الصداق.

ابن عبد السلام: والاحتمال الأول أقرب.

خليل: وقد يخرج هذان الاحتمالان على الخلاف فيما إذا ادعى المسيس وأنكرته الزوجة، هل لها أن تأخذ جميع الصداق لإقراره أو لا تأخذ إلا نصفه لإنكارها ؟ فانظره.

وَلَوْ مَاتَ الزَّوْجَانِ فَلا إِرْثَ وَلا صَدَاقَ.

لأن سببهما الزوجية، وهي لم تثبت، وحكى ابن بشير الاتفاق على ذلك ، وهذا ما

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٢٥).

(٢) «الجواهر» (٢/ ٢٥).

لم يدَّعِ كل واحد منهما أنه الأول، وأما لو ادعيا ذلك وصدَّقت المرأة أحدهما، ففي«ابن بشير»: لا يثبت لها الإرث ويثبت لها الصداق لأنه أقر لها بمال.

ونقل ابن عبد السلام عن بعضهم: أن لها الصداق ويختلف في الميراث ، يريد لأن الصداق من الديون وهي تثبت بالإقرار ، وأما الميراث فاختلف المذهب هل يثبت بالإقرار أم لا؟ وفيه نظر؛ لأن الخلاف إنما هو في إقرار من لم يعلم له وارث.

وَلَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَتَانِ مُتَنَاقِضَتَانِ تَسَاقَطَتَا وَلا يُقْضَى بالأَعْدَلِ بِخِلافِ الْبَيْعِ، وَقَالَ سَحْنُونٌ: يُقْضَى بالأَعْدَلِ كَالْبَيْعِ..

صورتها: أن تقول هذه البينة: نشهد أن عقد هذا وقع في اليوم الفلاني ووقع عقد هذا بعده، وتعكس البينة الأخرى.

ومنشأ الخلاف: هل زيادة العدالة تقوم مقام الشاهد الواحد، أو شاهدين؟ فالمشهور: أنها تقوم مقام الشاهد الواحد، فلذلك يقضي بها في البيع دون النكاح.

ورأى سحنون: أنها قائمة مقام شاهدين، فيقضى بها فيهما، وبقول سحنون قال البرقي، واختاره عبد الحق.

وفي المسألة قول ثالث: أنه لا يقضى بالأعدل في البيع والنكاح.

وَلا عِبْرَةَ بِتَصْدِيقِ الْمَرْأَةِ.

يعني: لا عبرة بتصديق المرأة لأحدهما أنه الأول، وعن أشْهَب: تصدق ما لم تدع الأرفع، وأنكره أصبغ.

فائدة: وقع في المذهب مسائل كهذه يفيتها الدخول، ومسائل لا يفيتها الدخول، فالأولى تسع:

الأولى: هذه.

الثانية: امرأة المفقود تتزوج بعد ضرب الأجل ثم يأتي زوجها بعد دخول الثاني فتفوت على المشهور.

الثالثة: الكافر يسلم على أكثر من أربع فيختار أربعًا ثم يجد الأربع أخوات أو محارم، فإنه يختار من البواقي ما لم يدخل على المشهور.

الرابعة: من أسلمت وزوجها كافر فتتزوج فينكشف أنه أسلم قبلها.

الخامسة: الرجعية يرتجعها زوجها في العدة وهي لا تعلم فتتزوج بعد انقضاء عدتها ثم يتبين أن زوجها كان ارتجعها قبل انقضاء العدة.

السادسة: المعتقة تحت العبد تختار نفسها وتتزوج ، ثم يقوم زوجها وثبت أنه عتق قبلها، قال المصنف: فكزوجة المفقود .

السابعة: الأمة المتزوجة يطؤها سيدها بعد انقضاء عدتها، وقد كان زوجها أشهد برجعتها ولم يعلم السيد.

الثامنة: امرأة الأسير يتنصر ويشك في تنصره هل طائعًا أو مكرهًا؟ فيفرق بينهما ثم تبين أنه كان مكرهًا.

التاسعة: إذا قال لها: إن غبت شهرًا فأمرك بيدك، فغاب ثم طلقت نفسها وتزوجت ثم أثبت أنه قدم قبل الشهر.

ابن عبد السلام: والمشهور أنها تفوت بالدخول.

وأما المسائل التي لا يفتيها الدخول فخمس:

الأولى: إذا وكل رجلين على أن يزوجه كل واحد زوجة وكان له ثلاث زوجات .

الثانية: المنعى لها زوجها ثم تتزوج ويدخل بها زوجها الثاني، ثم يأتي الأول فإنها ترد إليه على المشهور.

الثالثة: الذي له زوجتان اسم كل واحدة منهما عمرة؛ فقال: عمرة طالق، وادعى أنه لم يرد التي عنده وإنما يريد امرأة غائبة؛ ففرق بينه وبين هذه ثم أثبت أن له امرأة أخرى تسمى عمرة ، فقال محمد: ترد إليه ولو دخل بها الثاني.

الرابعة: التي تطلق لعدم النفقة ثم يكشف الغيب أنها أسقطتها عنه، وفي معنى هذه الصورة إذا طلق على الغائب بعسر النفقة ثم قدم وأثبت أنه كان يبعث إليها النفقة، نص عليه أبو الحسن.

الخامسة: إذا تزوجت امرأة المفقود في أثناء العدة ـ أعني: الأربعة أشهر وعشرًا ـ ففسخ ثم تبين أن عدتها من المفقود قد انقضت قبل ذلك فإنها ترد إلى هذا الزوج وإن

تزوجت ثالثًا فسخ نكاحه ولو بعد الدخول كالمنعي لها زوجها، قاله أبو عمران وغيره.

وَإِذَا غَابَ الأَقْرَبُ غَيْبَةً بَعِيدَةً زَوَّجَ الْحَاكِمُ، وَقِيلَ: أَوِ الأَبْعَدُ.

هذا الكلام يحتمل وجهين: أن يكون المصنف تكلم على غيبة الأقرب مطلقًا أبًا كان أو غيره، ثم بين مقدار الغيبة في حق الأب، وهو الذي قاله ابن عبد السلام، ويحتمل أن يكون في غير الأب المجبر، وهو الذي قاله ابن راشد. . .

قوله: (**غَيْبَةً بَعِيدَةً**) مفهومه أنها لا تزوج في الغيبة القريبة وهو كذلك ويرسل إليه الحاكم، قاله مالك في «الواضحة».

وفي سماع أشهب[١]: كتب إلى ابن غانم في امرأة تطلب التزويج فُتسأل هل لها ولي؟ فتذكر أن لها عمًا أو أخًا على مسيرة الثلاثِ والأربع، وأنه في شأنه وضيعته، وتسأل أن يزوجها كفئًا، إني: أرى إذا كان أمرها على ما وصفته من حالها وغيبة وليها وكفاءة من تدعو إليه أن تُزوِّجَهَا ولا تضرها غيبة وليها.

قيل: ففي هذه الرواية حد الغيبة.

وفي قوله: (إذا كان أمرها على ما وصفته من حالها وغيبة وليها) بيان أنها غير مصدقة فيما تذكر من ذلك حتى تثبته، وكذلك قال في «المتيطية»: إنها تثبت ذلك.

قوله: (**زَوَّجَ الْحَاكِمُ، وَقِيلَ: أَوِ الأَبْعَدُ**) نحوه في ابن شاس[٢]، وفيه نظر، وصوابه أن يقول: وقيل: الأبعد، بغير أو لأن القائل يرى أن الولاية للولي فقط، هكذا نقل اللَّخمي وصاحب «البيان»[٣] وغيرهما.

وَيُعْتَبَرُ فِي غَيْبَةِ أَبِي الْبِكْرِ مِثْلُ إِفْرِيقِيَةَ لِغَيْرِ تِجَارَةٍ، وَقِيلَ: مَا يُتَعَذَّرُ بِهِ الإِذْنُ، وَقِيلَ: إِنْ قَطَعَ عَنْهَا النَّفَقَةَ، وَقِيلَ: لا يَصِحُّ مَعَ حَيَاتِهِ أَمَّا إِنِ انْقَطَعَ خَبَرُهُ فَالْوَلِيُّ يُنْكِحُهَا، وَقِيلَ: بَعْدَ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ فُقِدَ...

لغيبة أبي البكر ثلاثة أحوال:

الأولى: أن يكون قريبًا.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٤ / ٣٤٨)، و«النوادر والزيادات» (٤ / ٤٠٦).

(٢) «الجواهر» (٢/ ٢٦). (٣) «البيان والتحصيل» (٥/ ٣٠٨).

قال في «البيان»[١]: كعشرة أيام ونحوها، فلا خلاف أنها لا تزوج في مغيبه وإن زوجت انفسخ النكاح زوجها الولي أو السلطان، قاله في «الواضحة»، زاد في «المتيطية»: عن ابن القاسم: يفسخ وإن ولدت أولادًا وإن أجازه الأب.

الحالة الثانية: أن تكون غيبة بعيدة كما قال في «المدونة»: مثل إفريقية والأندلس وطنجة لغير تجارة ـ قال في «البيان»[٢]: من مصر ـ فاختلف في ذلك على أربعة أقوال:

أحدها: أن الإمام يزوجها إذا دعت إلى ذلك وإن كانت نفقته جارية عليها وإن لم يخف عليها ولا استوطن أبوها ذلك الموضع الذي هو فيه وهو ظاهر ما في «العتبية».

وقد تأول على ما في «المدونة»[٣] من قوله فيها: وأما من خرج تاجرًا وليس يريد المقام بذلك البلد فلا يهجم السلطان على ابنته ، فإنها لا تزوج إلا أن يستوطن ذلك البلد، وهو القول الثاني.

والقول الثالث: أنها لا تزوج إلا أن يستوطن ذلك البلد، ويطول مقامه فيه العشرين سنة والثلاثين، وهو قول ابن حبيب.

والرابع: أنها لا تزوج أبدًا وإن طال مقامه فيه، وهو ظاهر قول مالك في «الموازية» وقول ابن وهب. انتهى.

ففسر ـ رحمه الله تعالى ـ قول مالك: كإفريقية على أنها من مصر، واستبعده ابن عبد السلام، قال: لأن المسألة من كلام مالك في «المدونة»، ويحتمل أن يريد من المدينة.

واحترز بقوله: (لِغَيْرِ تِجَارَةٍ) مما لو خرج لتجارة فإنها لا تزوج ؛ لأن الغالب فيها أن يرجع عاجلا.

قال فضل في قول ابن حبيب: ولا أعلم هذا التحديد لغيره.

والقول بأنها لا تزوج مع حياته بحال لعبد الملك، وهو مشكل لا سيما إن كانت محتاجة وخيف عليها.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٤/ ٣٢٨).

(٢) «البيان والتحصيل» (٤/ ٣٢٨).

(٣) «المدونة» (٤/ ١٦٣).

قال في «البيان»[١] : وهو مبني على قول ابن حبيب بجواز العضل.

وقوله: **(وَقِيلَ : مَا يُتَعَذَّرُ بِهِ الإِذْنُ)** أي: يكون بموضع لا ينفذ فيه كتاب حاكم الموضع الذي البنت فيه، ففي هذا يزوجها السلطان، وهذا قول حكاه عبد الحق[٢] عن الإبياني.

وقوله: **(وَقِيلَ: إِنْ قَطَعَ عَنْهَا النَّفَقَةَ)** ظاهره أنه قول في المسألة، وهي مقتضى كلام ابن يونس[٣]، لأنه قال: قال مالك: يزوجها الإمام إن رفعت إليه، وقال عبد الملك: لا يجوز إنكاحها على وجه في حياة الأب.

ابن وهب: إن قطع عنها النفقة جاز، ثم ذكر وجه كل قول، وقال صاحب «البيان»[٤] وابن سعدون: لا اختلاف إذا قطع الأب عنها النفقة وخشي عليها الضياع أنها تزوج وإن كان ذلك قبل البلوغ.

وإنما اختلفوا فيمن يزوجها، فالمشهور أنه لا يزوجها إلا السلطان لأنه حكم على غائب، وقال ابن وهب ومثله في «الموازية»: إن الولي يزوجها برضاها، والوجه في ذلك: أن ولايته سقطت لتضييعه ومغيبه ، فكان كالميت انتهى.

وانظر هذا الاتفاق الذي حكاه صاحب «البيان» فيما إذا قطع عنها النفقة مع قول عبد الملك: لا يجوز تزويجها مع حياة الأب وإن ضاعت واحتاجت وخيف عليها إلا أن يفسر الحاجة بالحاجة في غير النفقة.

والحالة الثالثة: أن يكون أسيرًا أو مفقودًا فالمشهور: أن الولي يزوجها وإن كانت نفقته جارية عليها ولم يخف عليها الضياع.

قال في «المتيطية»: وبهذا القول القضاء، وقال عبد الملك: ليس لهم ذلك إلا بعد أربع سنين من يوم فقد، وقال أصبغ: لا تزوج بحال.

وقوله: **(فَالْوَلِيُّ يُنْكِحُهَا)** هذا ظاهر ما في «المتيطية»؛ لأنه قال: قال بعض الموثقين: وإذا فرَّعنا على المشهور فينبغي أن يثبت الولي عند الحاكم طول غيبة الأب وانقطاع خبره

---

(١) «البيان والتحصيل» (٤/ ٣٢٩).

(٢) «النكت والفروق» (١/ ٢٢٠).

(٣) «الجامع» (٤ / ٢٠٢).

(٤) «البيان والتحصيل» (٤/ ٣٢٩).

والجهل بمكانه، وحينئذ يصح للولي إنكاحها.

ابن راشد: وفي «الطراز»: الإمام يزوجها إذا دعت إلى ذلك ، فجعل ذلك للحاكم دون الولي، وهو الصواب، وأي فرق بين هذه والتي قبلها.

وفي «البيان»[(١)]: أنه اتفق في الأسير أن الحاكم يزوجها وإن كانت في نفقته وأمنت الضيعة عليها. وأما إن كان الأب مسجونًا أو مجنونًا فليس هو كالغائب البعيد الغيبة وإن طال أمره؛ لأن خروجه وبرأه مرجو.

والمصنف رحمه الله تعالى يؤخذ من كلامه الثلاثة الأحوال، لأن قوله: (**وَيُعْتَبَرُ فِي غَيْبَةِ أَبِي الْبِكْرِ**) تصريح منه بالحالة الثانية، ويفهم منه أن أقل من ذلك لا يجوز تزويجها فيه، وهي الحالة الأولى.

قوله: (**أَمَّا إِنِ انْقَطَعَ خَبَرُهُ**) هي الحالة الثالثة، والله أعلم.

وَإِذَا أَنْكَحَ الأَبْعَدُ مَعَ وُجُود الْمُجْبِرِ لَمْ يجزْ وَلَوْ أَجَازَهُ كَالأبِ، وَمِثْلُهُ: السَّيِّدُ عَلى الأصَحِّ وَلَوْ كَانَ شَرِيكًا بخلاف بَيْعِهَا نَفْسَهَا فَإِنَّهُ يَجُوزُ...

اعلم أن للتعدي على الولي صورتين:

إحداهما: أن يتعدى الولي على الأقرب منه.

والثانية: أن يتعدى أجنبي على ولي ، ثم الولي المتعدى عليه إما مجبر أو لا صارت أربعة أقسام.

وقد تكلم المصنف رحمه الله تعالى عليها كلها، يعني: إذا تعدى ولي على أب لم يجز النكاح ولو أجازه الأب، ومثل الأب السيد في أنه لا يجوز نكاح غيره وإن أجازه السيد على الأصح.

وقيل: يجوز في الأمة لخفة الأمر فيها، والأصح ومقابله روايتان، وخرج اللَّخْمِي قولاً في الأولى بالإجازة إذا أجازه الأب من الأمة، وليس ببين لما قلناه من خفة الأمر في الأمة.

وقوله: (**وَلَوْ كَانَ شَرِيكًا**) يعني أن غير السيد إذا زوج الأمة يُفسخ النكاح ، ولا يفرق في ذلك بين أن يكون من زوجها له فيها ملك أم لا.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٤ / ٣٢٩).

فرع:

إن بنينا على المشهور أنه لابد من فسخه فإن فسخ قبل البناء سقط الصداق عن الزوج ورجع به إن استهلكته ، أو بما نقص إن تجهزت به ولم يساوه الجهاز على الذي زوجه إن غره ولم يعلمه أنه شريك ، وإن فسخ بعده فإن أجازه الشريك فإنما له نصف المسمى وإن لم يجزه.

وفي معنى ذلك إن أجازه ولم يرض بالصداق ، فالمشهور: أن له الأكثر من نصف المسمى أو نصف صداق المثل، ويرجع الزوج بالزائد على الشريك الذي زوجها إن كان غره، والشاذ لأشهب: إنما له نصف المسمى.

ابن المواز: ولا شيء للعاقد من الصداق إن غره إن قال: هي حرة، أو: هي لي وحدي، قال الشيخان أبو محمد وأبو الحسن ـ رحمهما الله تعالى: وإذا رجع على الغارّ بما دفع إليه ترك لها ربع دينار ، وقيل: لا يُترك لها منه شيء، وهذا إذا رضي الشريكان في الأمة بقسم المال وإن أبى أحدهما فعلى الزوج أن يكمل لها صداق المثل على المشهور ويكون بيدها، فإن اقتسماه رجع على الذي زوجه منهما بما استفضل في نصفه إن لم يكن غره، وبجميع الزيادة إن غره كما ذكرنا بخلاف بيعها فإنه يجوز إذا أجازه السيد؛ لأنه بيع فضولي وهو يلزم عندنا بإجازة المالك كما سيأتي إن شاء الله تعالى، والفرق بين النكاح والبيع: أن الولاية مشترطة في النكاح لحق الله سبحانه وتعالى.

قوله: (نَفْسَهَا) يحتمل أن يقرأ بفتح السين وتكون هي البائعة ، وبكسرها على البدل من الضمير المجرور وحينئذ يحتمل أن تكون هي البائعة أو غيرها.

وَفِيهَا : لَوْ زَوَّجَ ابْنٌ أَوْ أَخٌ أَوْ جَدٌّ ابْنَتَهُ الْبِكْرَ أَوْ أَمَتَهُ فَأَجَازَه جَازَ إِنْ كَانَ قَدْ فَوَّضَ إِلَيْهِ الْقِيَامَ بِجَمِيعِ أُمُورِه...

أتى بهذه المسألة لأنها كالمخالفة لما قبلها، إذ قد حصل فيها تزويج الأبعد مع وجود مجبر، وأمضاه في «المدونة» بإجازة الأب.

وقوله: (ابْنَتَهُ) أي: بنت المجبر ، وذكر فيها ثلاثة أولياء وسكت عما عداهم، وألحق ابن حبيب بهم سائر الأولياء إذا قاموا هذا المقام.

الأبهري وابن محرز: وكذلك الأجنبي؛ لأنه إذا كانت العلة تفويض الأب فلا فرق،

وكلامه في «المدونة» يحتمل أن يكون مخالفًا لهما وأن يكون موافقًا لابن حبيب خاصة.

وفسر سحنون ما وقع في «المدونة» من الإجازة إذا أجازه الأب بأن معناه: إذا كان الأب غائبًا.

حمديس: وإنما يجوز إذا أجازه الأب إذا كان قريبًا ولم يطل.

وقال أبو عمران: لا يراعى في ذلك قرب ولا بعد، وقد أجاز عبد الرحمن ذلك بعد أن قدم من الشام.

وانظر هل يجري فيها قول: بأنه لا يجوز مطلقًا من النكاح الموقوف ، وأما إن لم يجزه فإنه يفسخ وإن طال، وإن ولدت الأولاد.

واعترض فضل هذه المسألة بأن تفويض الأب لمن ذكر إما أن يدخل تحته نكاح الأبكار أو لا؟

فعلى الأول لا يحتاج إلى إجازة الأب إذ لم يتعد ، وعلى الثاني ـ وهو الصحيح ـ لا يجوز ولو أجازه كما في المسألة المتقدمة.

وإنما قلنا: إن الثاني هو الصحيح؛ لأن ابن أبي زيد[1] ـ رحمه الله تعالى ـ نص على أن الوكيل المفوض لا ينكح البنت البكر ولا يطلق الزوجة ولا يبيع دار السكنى ولا يبيع العبد؛ لأن العرف اقتضى إخراج هذه الأربع.

وأجيب: بأن المراد بالتفويض هنا التفويض العرفي لأن التفويض قسمان: تفويض نص عليه وحكمه ما تقدم، وتفويض عرفي وهذا حكمه؛ لأن الابن لما صار يتصرف والأب ساكت كان ذلك بمنزلة إطلاقه له التصرف في جميع الأشياء، وعلى هذا لا يحتاج إلى إجازته.

لكن لما كان العرف إخراج نكاح الأبكار تعارَضَا، فأجزناه إذا أجازه الأب لعِلْمنا أن الأب لم يخرج ذلك.

وفيه نظر؛ لأنه إذا كان المفوض بالنص ليس له أن يزوج فمن باب أولى أن يكون ذلك في المفوض له بالعرف إلا أن يقال: إن المزوج هنا لقرابته لا يتهم ولأنه ولي في الجملة.

خليل: وينبغي أن تقيد إجازة الأب فيما إذا قال الأب: إنما أجزت النكاح لأني فوضت إليه جميع أموري، والنكاح من جملة ذلك.

وأما إن قال: لم يخطر لي نكاح ابنتي ببالي في تفويضي إليه فلا يجوز بإجازته،

---

(١) انظر: «النوادر والزيادات» (٧ / ١٩١).

ونحوه للمتيطي، وإذا أجاز الأب النكاح فلابد من تضمين عقد الإجازة معرفة الشهود لتفويض الأب لولده لئلا يكون ذلك داعية إلى إجازة إنكاح من لا يجوز له العقد.

قال: ولو ادَّعى الزوج أن الابن أو الأخ إنما عقد النكاح بإذن الأب فعلى الزوج إثبات ذلك ويضرب له أجل ويوسع عليه فإن عجز حلف الأب على نفي دعواه، فإن حلف فسخ النكاح ، وإن نكل ثبت النكاح.

واستدل المتيطي على وجوب اليمين بقول ابن القاسم في «العتبية» فيمن خطب امرأة فزوجها له وليها وأشهد له بذلك وأنكرت المرأة أن تكون علمت ورضيت أن الإشهاد إن كان بحيث يعلم أنها لا تعلم فلا يمين عليها وإن كان ظاهرا، بحيث يرى أنها عالمة فإنه تحلف ما وكلته ولا فوضت إليه، ولا شيء عليها، وإن لم تحلف لزمها النكاح.

وكذلك روى ابن القاسم في امرأة زوجها أخوها وأمها ثم ماتت الأم فطلب الزوج الدخول فقال الأخ: لا زوجةَ لك؛ لأن أختي لم تكن علمت، وأنكرت الزوجة، قال: إن قامت له بينة على رضاها وإلا حلفت هي وأخوها وفرق بينهما.

وَتَزْوِيجُ السُّلْطَانِ مَعَهُ كَالأَبْعَدِ مَعَ الأَقْرَبِ لا كَالْمُسَاوِي عَلَى الأَشْهَرِ.

الضمير المخفوض بمع عائد على الأقرب، قوله: (كالأبْعدِ) أي: فيأتي فيها من الخلاف ما يذكره بعد هذا إذا زوج الأبعد مع وجود الأقرب.

ومقتضى كلامه: أن مقابل الأشهر يجعل السلطان كالمساوي للأب، ولم أر هذا النقل.

وكذلك قال ابن راشد وابن عبد السلام.

وكثيرًا ما سألت عنه فلم أجد علمًا به عند من سألته. انتهى.

ويحتمل أن يريد بمقابل الأشهر أنه ليس كولي الأبعد، بل يفسخ مطلقًا قبل الدخول وبعده، ويكون قوله: (لا كَالْمُسَاوِي) متفقًا عليه، ويكون الأشهر أنه يمضي، ومقابله يفسخ على كل حال، وهذا الوجه وإن كان بعيدًا من لفظه فهو أقرب من الأول.

على أني لم أر من قال: إن السلطان مع الأب كولي أبعد، وقد قدمنا عن ابن حبيب أن السلطان إذا زوجها في غيبة الأب الغيبة القريبة أن النكاح مفسوخ، وأن ابن القاسم قال: يفسخ وإن ولدت الأولاد.

ورأيت في بعض التعاليق: أنه اختلف في تقديم السلطان على أحد من ذوي النسب البعيد

كابن العم تلتقي معه في جد بعيد، فذكر قولين، والله أعلم.

فَإِن لَمْ يَكُنْ مُجْبِرٌ فَفِيهَا: لَمْ يَرُدَّ، وَفِيهَا: يَنْظُرُ السُّلْطَانُ، وَقِيلَ: لَهُ الرَّدُّ مَا لم يَبْنِ بِهَا، وقِيلَ: مَا لَمْ يَتَطَاوَلْ بالأَوْلادِ، وَقَالَ اللَّخمِيّ: إِنْ كَانَتْ دَنِيَّةً مَضَى بِاتِّفَاقٍ...

المشهور هو الأول.

عياض: ومشهور المذهب منعه ابتداءً، وتأول بعضهم «المدونة» على الجواز ابتداءً، وهو يحتمل أن يكون مبنيا على أن تقدمة الأقرب من باب الأولى ، ويحتمل أن يكون مبنيا على أن تقدمة الأقرب من باب الأوجب، ولكن أمضاه بعد الوقوع مراعاةً للخلاف أو للتطلع على العورات.

والقول بنظر السلطان حكاه سحنون عن بعض الرواة، وأشار إلى أنه مبني على أن تقدمة الأقرب من باب الأولى، وقال: النظر على هذا القول إنما هو إذا ادَّعى الأقرب أنها وضعت نفسها في دناءة ولو اعترف بأنها إنما تزوجت كفؤًا لم يفتقر فيه لنظر السلطان، والقول بالفسخ ما لم يبن لابن الماجشون وابن حبيب، والقول بالفسخ ما لم يتطاول لمالك في «الثمانية»، واختصر فضل «الواضحة» عليه، وزاد في «المتيطية» قولا خامسًا بالفسخ مطلقًا للمغيرة.

وهذه الثلاثة الأقوال مبنية على أن تقديم الأقرب من باب الأوجب، فمن قوي عنده الوجوب ولم يلتفت إلى غيره قال بالفسخ مطلقًا،ورأى القائل بالفسخ ما لم يدخل أنه بالدخول يحصل التطلع على العورات، ورأى القائل الآخر أنه إنما يقوي الضرر بالتفرقة إذا طال الأمر بينهما وولدت الأولاد.

ابن عبد السلام: وذكر بعضهم قولاً آخر: إن كان الأبعد كالأخِ للأب مع أخ شقيق مضى وإن كان كابن عم مع أخ رد؛ وأخذه من «المدونة».

وعلى الإمضاء فإن أثبت الأقرب أن الزوج غير كفء فله في ذلك مقال؛ فإن أثبت الأبعد الكفاءة ففي «أحكام ابن زياد» أن شهادة من شهد بعدم الكفاءة أتم ، وليس على الحاكم أن يسأل الشهود من أين علموا عدم الكفاءة. وقيل: يقضي بأعدل البينتين، فإن تكافأتا كان الجرح أولى، وقيل: يسقطان وينظر الحاكم في ذلك، وفي «أحكام ابن حذير» عن جماعة من الشيوخ: إن بين الشهود الحال التي كان بها غير كفء كانت شهادتهم

أولى، وإن شهدوا مجملاً كانت شهادة الآخرين أولى.

بعض الموثقين: الذي جرى به الحكم أنه إن كانت إحدى البينتين أعدل حكم بها، وبه قال سعيد بن أحمد وابن زرب وغيرهما.

وقوله: **(وَقَالَ اللَّخْمِي: إنْ كَانَتْ دَنِيَّةً مَضى باتِّفَاق)** يعني أن الخلاف المتقدم إنما هو في ذات القدر؛ لأن النكاح قد انعقد بولي، وليس على القريب وصم في وليته الدنية؛ لأن كل واحد كوليها، والله أعلم.

وَفِيهَا: وَلَوْ أَعْتَقَ أَمَتَه ثُمَّ أَنْكَحَهَا مِنْ نَفْسِه أَوْ غَيْرِه بِإِذْنِها جَاز وَإِنْ كَرِهَ وَلِيُّهَا.

أي: من النسب، فيشمل الابن وغيره، واقتصر في «المدونة» على الولد؛ لأنه إذا جاز مع الولد فمع غيره أولى.

وقوله: **(جَاز)** يحتمل الإقدام ويحتمل مضي النكاح، وهو الأقرب لأن سائر أولياء النسب مقدمون على المعتق.

وقد تقدم أن الأولياء إذا كانوا في درجة ليس لأحدهم أن يعقد ابتداءً إلا بموافقة من استوى معه، وإذا كان ذلك مع التساوي فمع القرب أولى.

وذكر المصنف هذه المسألة بإثر الأولى؛ لأنها من فروعها إذ هي من تزويج الأبعد مع وجود الأقرب.

ولقائل أن يقول: هذه المسألة أخف من التي قبلها؛ لأن هذه المعتقة من الدنيات ولسيدها له عليها بقية سلطنة الملك، وهو أولى الأكفاء لها، وعلى هذا فلا يمكن إجراء الخلاف المتقدم فيها، والله أعلم.

وَإِذَا أَنْكَحَ الأَجْنَبِيَّ مَع وُجُودِ الْمُجْبِرِ فَكَذَلِكَ.

لما تكلم على صورتي تعدي الولي على ولي أقرب منه تكلم على تعدي الأجنبي، وقوله: **(فَكَذَلِكَ)** أي: لا يجوز ولو أجازه الأب، والأليق بطريقة المصنف ألا يذكر هذا؛ لأنه إذا لم يجز نكاح الأبعد مع وجود المجبر فلأن لا يجوز نكاح الأجنبي مع وجود المجبر من باب أولى، لكن قصد ـ رحمه الله تعالى ـ الكلام على جميع الأقسام.

وَلا مُتَكَلَّمَ لأحَدِ الوليين عَلَى الآخَرِ فِي الْمُعْتَقَةِ.

إيراده لهذه المسألة هنا غير مناسب، وهي من فروع قوله: **(وإذا كان الأولياء في درجة فإذا بادر أحدهم صح)**.

وما ذكره المصنف نص عليه في «المدونة»[١] وقال جماعة: الصواب أن مجموع المعتقين منهما هو الولي لا أحدهما كالشريكين بخلاف الأخوين؛ لأن كلا من المعتقين إنما له نصف الولاء ولا يرث إلا النصف، وهو ظاهر.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُجْبِراً وَهِيَ ذَاتَ قَدْرٍ فَقَالَ مَالِكٌ: مَا فَسَخَهُ بالبين، ولَكِنْ أَحَبٌّ إِلَيَّ؛ وَتَوَقَّفَ إِذَا أَجَازَهُ الْوَلِيُّ بِالْقُرْبِ، وقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لَهُ إِجَازَتُهُ وَرَدُّهُ مَا لم يَبْنِ بها، وقَال أَيْضَا : لَهُ إجَازَتُهُ بِالْقُرْبِ وإلا رَدَّ مَا لَمْ يَطل بَعْدَ الْبِنَاء، وقيلَ: يردُّ، وقيلَ: يَمْضِي، وفِيهَا: إِنْ دَخَلَ بِهَا عُوقبَتِ الْمَرْأَةُ وَالزَّوْجُ وَالْمُنْكِحُ، وَالشُّهُودُ إِنْ عَلِمُوا...

يعني: أن الأجنبي إذا زوج مع ولي غير مجبر فإما أن تكون المرأة ذات قدر أو دنية، فذكر المصنف في ذات القدر خمسة أقوال:

أحدها: أنه ماض مطلقًا، حكاه عبد الوهاب عن مالك.

والثاني لسحنون: يفسخ أبدًا.

اللخمي: يريد وإن تطاول بالأولاد، وهذان القولان هما اللذان ذكرهما المصنف آخرًا، والثالث: الوقف إذا أجازه الولي بالقرب، وهو قول مالك، قال في «المتيطية»: قال ابن سعدون: يعني توقف مالك في فسخه وفي إجازته.

وقال أبو عمران: إنما توقف في إجازته ولم يتوقف في فسخه، وإنه مفسوخ، ونحوه للباجي واللخمي، انتهى.

والقول الرابع: لابن القاسم أن الخيار للولي في فسخه وإمضائه ما لم يدخل.

والقول الخامس: له أيضًا، وإليه أشار بقوله: **(وقَال أَيْضَا : لَهُ إجَازَتُهُ بِالْقُرْبِ)** ابن القاسم قاله في «المدونة»[٢]، وقاله مالك وزاد فيه قيدًا آخر في «المدونة» وقال: ما لم تطل إقامته معها وتلد الأولاد، واختلف الشيوخ في فهم هذا القول، فقال ابن التبان: إن كان

---

(١) «المدونة» (٤/ ١٦٦).

(٢) «المدونة» (٤/ ١٧٠).

قبل البناء بالقرب فللولي إجازته وفسخه، وإن طال قبل البناء فليس إلا الفسخ وإن كان بقرب البناء فللولي أيضًا فسخه وإجازته، وإن طال بعد البناء فليس للولي فسخه وعليه اقتصر ابن يونس.

قال عبد الحق[1]: وقال غير ابن التبان: إنه يخير قبل البناء وإن طال على مذهب ابن القاسم، واعلم أن المصنف لم ينقل كلام ابن القاسم على ما هو عليه في «المدونة» بل زاد فيه: قوله: (**وإلا رَدَّ**) هذه الزيادة إنما تأتي على فهم ابن التبان؛ لأن قوله يقتضي تحتم الفسخ مع الطول قبل البناء.

ولنذكر كلامه في «المدونة»[2] ليتبين لك ذلك، قال فيها: قال ابن القاسم: إذا أجازه الولي بالقرب جاز سواء دخل الزوج أم لا، وإن أراد فسخه بحدثان الدخول فذلك له، فأما إن طالت إقامتها معه وولدت الأولاد أمضيته إن كان صوابًا، وقاله مالك.

وذكر في «المدونة» سادسًا: فقال: وقال عنه ابن وهب: إنه يفرق بينهما بطلقة، دخل بها الزوج أم لا، إلا أن يجيز ذلك الولي أو السلطان إن لم يكن لها ولي.

تنبيه:

ما ذكره المصنف في القول الأول من قوله: (**مَا فَسَخَهُ بِالبَيْنِ، ولكِنْ أَحَبُّ إِلَيّ**) هو كذلك في «المدونة»، لكنه لم يذكر ذلك عند ذكره هذه الأقوال وإنما ذكره لما تكلم على النكاح الذي يفسخ بطلاق والذي يفسخ بغير طلاق، وهو مشكل؛ لأن الفسخ لا يقال فيه: أحب إلي، إلا أن يقال: إنه توقف لتعارض الأدلة، واستحب الفسخ خروجًا من الخلاف، وليستأنف عقدا بولي لا خلاف فيه.

اللخمي: وجميع الخلاف الذي في هذه المسألة راجع إلى ثلاثة أقوال: هل تقدمة ولاية النسب على ولاية الإسلام، من باب الأولى؟ أو هي حق له أو لله؟ فأمضاه مرة بناء على أنه أولى ومرة رآه حقا له فخيره في الفسخ والإمضاء، ورأى مرة أن الحق لله ففسخه مطلقًا، ووقف مرة لتعارض الأدلة عنده هل ذلك حق له أو لله سبحانه؟

وقوله: (**وفِيهَا: إِنْ دَخَلَ بِهَا.. إلى آخره**)، قال فيها: قيل لمالك: من زوج امرأة بغير

---

(١) «النكت والفروق» (١/ ٢٢١).

(٢) «المدونة» (٤/ ١٧١).

إذن ولي بشهود أيضرب أحدهم؟ فقال: أَدَخَلَ بِهَا؟ قال: لا، وأنكر الشهود أن يكونوا حضروا، قال: لا عقوبة عليهم.

ابن القاسم: إلا أني رأيت فيها لو دخل بها لعوقبت المرأة والزوج والذي أنكح، ويؤدب الشهود أيضًا إن علموا.

ومعنى قوله: (وأنكر الشهود أن يكونوا حضروا) أي: أنكروا أن يكونوا علموا أن هذا النكاح لا يجوز بدليل قوله: (**وَيُؤَدَّبُ الشُّهُودُ إِنْ عَلِمُوا**)، هكذا قال أبو الحسن في معنى «المدونة»، وجعل بعضهم فاعل أنكر عائدًا على مالك؛ أي: وأنكر مالك أن يكون الشهود حضروا مثل هذا.

وقيد الباجي [(١)] عدم عقوبتهم قبل البناء بما إذا كان النكاح مشهورًا.

وقوله: (**عَلِمُوا**) يضبط بالبناء للفاعل لا بالبناء لما لم يسم فاعله؛ لأنهم إذا علموا ولم يكن عندهم علم لا يعاقبون، وقد صرح في «الجلاب»[(٢)] بذلك.

اللخمي: وأرى أن لا عقوبة على الزوجين إن كانا من أهل الاجتهاد، وذلك مذهبهما، أو كانا يريان تقليد من يرى ذلك أو كانا يجهلان أو يظنان أن ذلك جائز، وكذلك البينة ينظر إلى مذهبها أو من تقلد به.

وَالْمُعْتَبَرُ الأَقْعَدُ خَاصَّةً

هذا كما قال في «المدونة»[(٣)]: وإذا استخلفت على نفسها رجلاً فزوجها ولها وليان أحدهما أقعد بها من الآخر، فلما علما أجازه الأقعد فلا قول هنا للأبعد بخلاف التي زوجها الأبعد وكره الأقعد لأن ذلك نكاح عقده ولي، وهذا نكاح عقده غير ولي، فلا يكون فسخه إلا بيد الأقعد.

فَإِنْ كَانَتْ دَنِيَّةً: فَقَالَ مَالِكٌ: هِيَ أَخَفُّ

هذا قسيم قوله أولاً: (**وهي ذات قدر**) يعني: وإن كانت دنية فقال مالك: هي أخف، وظاهره فيما إذا زوج الأجنبي مع وجود الولي، ومعنى أخف أنه يمضي، وهذا هو المشهور.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٣٧).

(٢) «التفريع» (٢/ ٣٣).

(٣) «المدونة» (٤/ ١٧٠).

ففي «التنبيهات: أما الولاية العامة ـ وهي: ولاية الإسلام ـ فلا خلاف عندنا أن الخاصة من النسب أو الحكم مقدمة عليها وأنها مع عدمها ولاية صحيحة، واختلف مع وجود الخاصة فهل تكون العامة ولاية يصح بها العقد أم لا؟ على ثلاثة أقوال:

المشهور: أنها غير ولاية في الشريفة دون الدنية ، وهو مذهب ابن القاسم وروايته.

الثاني: أنها غير ولاية فيهما، وهي رواية أشْهَب وقول ابن حبيب.

والثالث: أنها ولاية فيهما، حكاه عبد الوهاب، وهو ظاهر رواية ابن وهب عن محمد.

والمسألة في «المدونة» مفروضة إذا لم يكن لها ولي، ففيها[1]: وإذا وكلت المرأة الدنية مثل المعتقة والمسالمة والسوداء والمسكينة أجنبيا فزوجها وهي ببلد لا سلطان فيه، أو فيه سلطان يعسر عليها تناوله ولا ولي لها جاز ذلك، وكذلك إن وكلت من أسلمت هي على يديه وذلك فيمن أخف منه في ذوات القدر، وأما إن أسلم على يديه أبوها وتقادم ذلك حتى يكون لها من القدر والغنى والإباء في الإسلام وتنافس الناس فيها فلا يزوجها وهو كأجنبي فيها.

وقوله (**ولا ولي لها**) ظاهره: مثل رواية أشْهَب عن مالك: أن الدنية وغيرها لا يزوجها إلا الولي أو السلطان.

الأبهري: وإليه رجع مالك.

وما ذكرناه من نص «المدونة» هو الذي اختصره المختصرون وليس في الأمهات: يعسر عليها تناوله، وإنما هو في «الموازية» وعليه اختصر أبو محمد، وأنكر ابن الماجشون هذه الرواية وقال: لا يجوز للدنية ولا غيرها أن يزوجها إلا الولي إلا أن تكون مثل المرأة الأعجمية الوغدة قد ساندت الرجل ذا المال والنعمة حتى صار لها كنفًا يأخذ لها القسم ويجري عليها النفع فإن له تزويجها إذا لم يكن لها ولي، وأما ذات النعمة والحال والنسب فلا.

ابن عبد السلام: وأما ما حكاه بعض الشافعية عن مالك أن للدنية أن تزوج نفسها فغلط بين لا شك فيه.

وقَالَ فِي الْمَكْفُولَةِ الْمُرَبَّاة: وَمَنْ أَنْظَرُ لَهَا مِنْهُ، وَقِيلَ: يَمْضِي مُطْلَقًا، وَقِيلَ: كَذَاتِ

---

(١) «التهذيب» (٢ / ١٤٦).

الْقَدْرِ...

يعني: أن الدنية قد يكون الأجنبي فيها كالولي بل أولى منه؛ لأن معنى قوله: ﴿وَمَنْ أَنْظَرُ لَهَا مِنْهُ﴾ لا أحد أنظر لها منه.

عياض: يعني بعد بلوغها ورضاها.

قال في «الواضحة»: وذلك إذا مات أبوها وغاب أهلها، وعلى هذا حمل الشيوخ المسألة أنها غير ذات أب، وأنه من باب إنكاح الكافل والمربي لليتيمة، ولا يرون أن المكفولة يزوجها الحاضن في حياة أبيها، وذهب ابن العطار وابن زرب إلى أن للحاضن أن يزوجها في حياة الأب إذا كان غائبًا ولا يكون إنكاحهن إلا برضاهن، خلاف ما وقع في كتب بعض الموثقين، وتأول على «المدونة» أنه يكون بغير رضاهن، وهو وهم منه أو من النقلة عنه، انتهى.

وظاهر «المدونة»: أنه أحق من الأخ ونحوه، وبه قال ابن عيشون، فإنه قال: والكافل أحق من أخيها لأبيها وأمها.

وفي «البيان»[1]: المشهور المعلوم من المذهب أن الولي أحق بالنكاح من الحاضن إلا أن يكون الحاضن وصيًا.

ابن عبد السلام: هل الكافل أحق من سائر الأولياء كان لها أب أم لا؟ أو إنما يكون أحق فيما عدا الأب؟ قولان، قال: واختلف في المرأة الكافلة هل تكون كالوصية فتقدم من يزوج أو لا؟ واقتصر ابن راشد وغيره على أن المرأة ليس لها أن توكل.

ابن راشد: وهي في ذلك بخلاف الرجل، وذكر ابن راشد في موضع آخر أنه اختلف في الرجل الكافل هل له أن يوكل أم لا؟ وكذلك اختلف في الكافل إذا زوج المكفولة ثم يموت زوجها أو يطلقها هل تعود ولايته عليها؟ فقال ابن عتاب: تعود، وقال ابن القطان: لا تعود.

وقال ابن الطلاع في «وثائقه»: إن كان خيراً فاضلاً عادت، وإلا لم تعد.

ابن عبد السلام: وقيل: إن عادت إلى كفالته عادت ولايته وإلا فلا.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٤/ ٣٦٢).

فرعان:

الأول: ذكر بعض الموثقين أن حدَّ الكفالة التي توجب للكافل عقد النكاح عشر سنين.

أبو الحسن: وعندي أنه لا حدَّ لذلك إلا ما يرى أنه يوجب من الحنان والشفقة مثل ما للولي أو يقرب، ونقل عن الشيخ أبي محمد صالح أن أقلها أربعة أعوام.

الثاني: اختلف في ولاية الكفالة هل هي عامة في الشريفة والدنية أو خاصة بالدنية؟ وهو ظاهر «المدونة»[1] لقوله: وأما كل امرأة لها بال وغنى وقدر فإن مالكًا قال: لا يزوجها إلا وليها أو السلطان، وقياس قول مالك في إجازة نكاح الكافل أنه يجوز بيعه له، لكن نص مالك في كتاب القسم على أنه لا يجوز بيعه له ولا قسمته عليه، وأجاز في كتاب القسم قسم ملتقط اللقيط عليه ومنع ذلك أصبغ.

قوله: **(وَقِيلَ: يَمْضِي مُطْلَقًا)** ابن عبد السلام: يعني أنه لا يحتاج في تزويج الأجنبي من لا قدر لها أن يكون كافلاً.

فَإِنْ كَانَ الْوَلِيُّ غَائِبًا فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: الْحَاكِمُ كَالْوَلِيِّ، وَيَبْعَثُ إِلَيْهِ فِيمَا قَرُبَ، وَعَنْ مَالِكٍ: ينظر الْوَلِيُّ مَا لَمْ يَتَطَاوَلْ بِالأَوْلادِ...

يعني: فإن زوج الأجنبي وكان الولي غائبًا وهذه المسألة ذكرها في «المدونة» فيما إذا كان لها وليان ففيها: وإن غاب الأقرب وأراد الأبعد فسخه نظر السلطان، فإن كانت غيبة الأقرب قريبة بعث إليه وانتظره ولم يعجل، وإن كانت غيبة بعيدة فنظر السلطان كنظر الغائب في الرد والإجازة وكان أولى من الولي الحاضر.

اللخمي: وإذا كتب الغائب في الغيبة القريبة وقف الزوج عن المرأة.

الباجي[2]: وكتب مالك إلى ابن غانم أن السلطان لا ينظر فيه إلا أن يقوم الولي فيطلب الفسخ إلا فيما تطاول مع الأولاد، وهذا هو القول الثاني الذي ذكره المصنف.

اللخمي: ولمالك في «الموازية»: أن السلطان لا ينظر ـ قربت غيبة الولي أو بعدت ـ حتى يقدم الولي، فإن قدم وخاصم وكانت المرأة ممن لها العشيرة وأهل البيوت لم يجز

---

(١) «المدونة» (٤/ ١٧٠).

(٢) «المنتقى» (٥/ ٥٧).

ذلك إلا في شيء قد فات وتزوجها كفء، وقال مالك أيضًا: للمرأة إذا كان الولي غائبًا أن تأمر رجلاً يزوجها فيجوز ذلك إذا لم تضع نفسها في دناءة ، قيل له: ولا ترفع إلى السلطان، قال: ليس كل امرأة تقدر أن ترفع إلى السلطان.

وَلا وِلايَةَ لِرَقِيقٍ عَلَى ابْنَتِهِ ولا غَيْرِهَا، وَيقْبَلُ لِنَفْسِهِ ولِمُوَكِّلِهِ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ وبِغَيْرِ إِذْنِهِ...

للولي ثمانية شروط، ستة متفق عليها، واثنان مختلف فيهما، فالستة: أن يكون حرا، بالغًا، عاقلاً، ذكرًا، حلالاً، مسلمًا، أعني: إذا كانت وليته مسلمة؛ لأن الكافر يجوز أن يعقد نكاح وليته الكافرة لمسلم.

والاثنان: المختلف فيهما: أن يكون رشيدًا، عدلاً، وتكلم المصنف عليها كلها، ومراده بالرقيق: القن: ومن فيه عقد حرية، وإنما قال: (**وَلا غَيْرِهَا**) ولم يقتصر على البنت؛ لأن ولية البنت إجبار، فقد يتوهم أنه إنما منع من الإجبار، فإن تولى العـقد فقال مالك: يفســخ ـ ولو ولدت الأولاد ـ بطلقة، ولو أذن له الولي أو كانت دنية، ويتخرج فيها قول آخر أنه يفسخ بغير طلاق للغلبة على فسخه.

أصبغ: ولا ميراث في النكاح الذي تولى العبد عقده وإن فسخ بطلقة لضعف الاختلاف فيه، قال فيها: ولا يقدم المكاتب من يزوج إماءه.

وقوله: (**وَيقْبَلُ لِنَفْسِهِ**) يعين أن الشروط إنما تعتبر من جهة ولي الزوجة.

وقوله: (**بِإِذْنِ سَيِّدِهِ وبِغَيْرِ إِذْنِهِ**) يعود على قوله: (**لِمُوَكِّلِهِ**) وإنما جاز ذلك لأنه أمر خفيف ولا مضرة على السيد فيه، ويحتمل أن يرجع إليه وإلى موكله؛ لأن عقده أيضًا على نفسه صحيح، وإنما يتوقف أيضا على إجازة السيد.

وَلا صَبِيٍّ، ولا مَعْتُوهٍ.

لاشتراط البلوغ والعقل.

وَتَنْتَقِلُ إِلَى الأَبْعَدِ.

أي: إذا كان الأقرب صبيا أو رقيقًا أو مجنونًا.

وَلا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا ولا امْرَأَةً غَيْرَهَا، بَلْ تَلِي عَلَى عَبْدِهَا وَعَلَى الذَّكَرِ الْمُوصَاةِ هِيَ عَلَيْهِ...

لاشتراط الذكورية.

وما ذكره من أنها تعقد على عبدها أو **(عَلَى الذَّكَرِ الْمُوصَاةِ هِيَ عَلَيْه)** أي: تقبل لهما، وهو قول ابن القاسم في «العتبية» و«الواضحة» ، وهو المشهور المعروف، وحكى عبد الوهاب قولاً بأنها لا تقبل للذكر وكذا العبد في القولين.

وَتُوكِّلُ الْمَالِكَةُ وَالْمُعْتِقَةُ وَالْوَصِيَّةُ وَلِيَّهَا أَوْ غَيْرَهُ.

لا إشكال في هذا في المالكة والوصية، وكانت عائشة ـ رضي الله تعالى عنها ـ وصية على أيتام، فكانت تختار الأزواج وتقدر الصداق، ثم تقول: اعقدوا فإن النساء لا يعقدن ، وما ذكره المصنف قرره ابن راشد ونص عليه ابن شاس[1] وابن فتحون في «وثائقه» والمتيطي، وابن بطال في «أحكامه».

عياض: قوله ـ يعني: في «المدونة» [2] ـ في المرأة: إذا وكلت رجلاً يزوج وليتها جاز، فإن معناه عند أكثر أئمتنا : مولاة لها أو من تلي عليها بإيصاء.

ونقله ابن عبد السلام عن بعض الأندلسيين من الموثقين وغيرهم.

ابن عبد السلام: والصواب أن الولاية لأولياء المعتقة دون من تقدمه هي في حياتها ودون ابنها بعد موتها، وذلك بيِّن من «الموطأ» وكلام المتقدمين، وقد عرضه على من يوثق به من أشياخي فوافق عليه. انتهى.

وَيُوكِّلُ الْعَبْدُ الْمُوصَى إِلَيْه.

هكذا نقل الباجي[3] عن مالك.

وَيُفْسَخُ النِّكَاحُ بِلا وَلِيٍّ فِي الْجَمِيعِ وَلَوْ أَجَازَهُ الْوَلِيُّ وَلَوْ بَعْدَ الطُّولِ وَالْوِلادَةِ بِطَلَاقٍ عَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَبِغَيْرِ طَلَاقٍ عَنِ ابْنِ نَافِعٍ...

يعني: أن النكاح إذا انعقد بين الزوجين من غير ولي ولا أجنبي، فلابد من فسخه أجازه الولي أم لا ، طال أو لم يطل، وسيأتي مأخذ القولين في فسخه هل بطلاق أم لا؟

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٢٦).
(٢) «المدونة» (٤/ ١٧٧).
(٣) «المنتقى» (٥/ ١٢٥).

وَالإِحْرَامُ مِنْ أَحَدِ الثَّلاثَةِ مَانِعٌ.

(الثلاثة) هي الزوج والولي والزوجة.

وَالْمَشْهُورُ: أَنَّ كفر الْجِزْيَة يَسْلُبُ مِنَ الْوَلِيِّ الوِلايَةَ عنِ الْمُسْلِمَةِ كَغَيْرِه.

مقتضى كلامه: أن المسلمة إذا كان لها ولي كافر فإن لم يكن من أهل الجزية كالمرتد، والحربي فلا ولاية له باتفاق ، وإن كان من أهلها فالمشهور كذلك، وقيل: له الولاية والمقطوع به من المذهب أن الكافر لا ولاية له على المسلمة أصلاً، وقد حكى ابن بشير على ذلك الاتفاق.

وفي قول المصنف: (كفر الْجِزْيَة) نظر؛ لأن المشهور عندنا أن كل كافر تؤخذ منه الجزية إلا المرتد، فليس لنا كفر لا تؤخذ فيه الجزية.

ابن راشد: وأخبرني الشيخ الفقيه القاضي أبو عبد الله ابن الشيخ أبي عبد الله الزواوي أنهم وجدوا في بجاية كتبًا لبعض الأندلسيين وفيها: أن الكافر من أهل الجزية تكون له الولية أو قال: له البنت المسلمة فإنها لا تزوج بغير أمره ورضاه، قال: ورأيت بعد ذلك المسألة في «أحكام ابن بطال»، ونص كلامه: قال ابن حبيب وغيره: لا يجوز للنصراني إذا كانت له بنت مسلمة أو أخت كذلك أن يزوجها ولا يستخلف من يزوجها ولا يطلب في ذلك رضاه، وليس هو ولي في حال نصرانيته، فإن جهل وزوج ابنته المسلمة أو استخلف مسلمًا زوجها فسخ النكاح أبدًا قبل البناء وبعده.

وقال أصبغ : إنما لا يجوز للنصراني أن يزوج أخته المسلمة إذا كان من أهل الصلح، وأما من يصير ميراثه للمسلمين منهم إذا مات فهو يزوجها، وهذا مراد المصنف . انتهى.

الباجي: عن ابن القاسم: ولا يعتبر رضا الكافر في تزويج ابنته المسلمة.

وكَذَلِكَ الْعَكْسُ عَلَى الْمَشْهُورِ.

مراده بالعكس: أن يكون الولي مسلمًا والمرأة كافرة، فلا ولاية لمسلم عليها على المشهور، واختلفت طرق الشيوخ في نقل هذه المسألة، فمنهم من نقل مثل المصنف أن المشهور سقوط الولاية، والشاذ ثبوتها، ومنهم من حكى ثلاثة أقوال: هذين القولين، والفرق، فيزوجها من مسلم ولا يزوجها من كافر، وهو قول ابن وهب.

وقال ابن حبيب: يزوجها من نصراني إذا لم تكن من نساء أهل الجزية.

وحكى في «البيان»[1] في المسألة ثلاثة أقوال:

الأول: إن كانت من أهل الصلح لم يكن له أن يزوجها، وإن لم تكن من أهل الصلح جاز، كان عليها جزية أو لا، وهو قول مالك في «العتبية» على ما فسره ابن القاسم.

الثاني: لا يجوز له أن يزوجها كانت من أهل الصلح أو لم تكن، كانت عليها جزية أو لم تكن، وهو قول ابن القاسم، لأنه قال: لا يزوج المسلم النصرانية كانت بنته أو أخته أو مولاته.

والثالث: له أن يزوجها ، كانت من أهل الصلح أو لم تكن ، كانت عليها جزية أو لم تكن، إلا أن تكون من أهل الصلح فيكونوا أولى بتزويجها منه إن شاحوه؛ لأنهم إنما صالحوا وبذلوا الجزية على أن يخلى بينهم وبين نسائهم، وهو قول ابن القاسم في سماع زونان، وذهب ابن لبابة إلى أنه لا اختلاف في هذه المسألة، وأن أقوالهم ترجع إلى أنها إن كانت ممن عليه الجزية فلا يزوجها المسلم كانت من أهل الصلح أو لم تكن، وإن لم تكن عليها جزية فيزوجها.

ويحمل ما وقع في القول الثاني على المولاة التي أعتقها وهو نصراني، ويحمل ما في سماع زونان على أنها معتقة لمسلم.

إِلاَ الْمُسْلِمَ فِي أَمَتِهِ وَمُعْتَقَتِهِ.

قوله: (**إِلاَ الْمُسْلِمَ فِي أَمَتِهِ وَمُعْتَقَتِهِ**) هو المشهور، وعن أبي مصعب: لا يزوج أمته النصرانية، وخرجه اللَّخْمِيّ في المَعتقة.

عياض: ولا يلزم إذ قد تكون علة أبي مصعب ألا يعقد نكاح أمته لنصراني بخلاف عقد نكاحه للمعتقة من مسلم.

اللخمي: والقياس في الأمة: المنع، فإن قيل: إنما جاز في الأمة لأنها ماله، قيل: النكاح يفتقر إلى ولاية بدليل أنها لو كانت لعبد أو امرأة لم يجز لهما أن يعقدا، والمشهور هنا شبيه بالمشهور في سقوط الجزية عن معتق المسلم كما تقدم.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٤/ ١٩٩).

وَعَلَى السَّلْبِ يُزَوجُ الْكَافِرَةَ وَلِيٌّ كَافِرٌ ثُمَّ أَسَاقِفَتُهُمْ لِكَافِرٍ أَوْ مُسْلِمٍ.

أي: وعلى المشهور من سلب ولاية المسلم عن وليته الكافرة يتولى العقد عليها وليها الكافر.

وما ذكره المصنف من أنه يعقد وليها الكافر لمسلم نص عليه في «المدونة»[١] .

خليل: وانظر ما معنى العطف بقوله: (ثُمَّ أَسَاقِفَتُهُمْ) وإن كَان المصنف قد تبع ابن شاس[٢] ونحوه لأصبغ؛ إذ إنَّا لا نتعرض لهم في أحكامهم إلا أن يكون عندهم أن الولي يقدم على الأساقفة، فعطف بـ (ثُمَّ) على ما هو الواقع عندهم، قالوا: ولا يتولى السلطان ذلك إذا لم يكن لها ولي، ويجبر أهل دينها على ذلك إن دعت إلى كافر؛ لأنه من التظالم، ولم يجبرهم على إنكاحها من مسلم.

فَإِنْ عَقَدَ لَهَا وَلِيُّهَا الْمُسْلِمُ لِكَافِرٍ لَمْ يُعْرَضْ لَهُ.

لأنا لم نتعرض لهم في الزنا إذا لم يعلنوه، فأحرى النكاح.

ابن القاسم: وقد ظلم المسلم نفسه لما أعان على ذلك.

فرع:

وأما إن عقد لها على مسلم فإنه يفسخ، وقال أصبغ: لا يفسخ.

وَاخْتُلِفَ فِي السَّفِيهِ فَقَالَ: ابْنُ الْقَاسِمِ: يَعْقِدُ بِإِذْنِ وَلِيِّه، وقَالَ أَشْهَبَ: يَعْقِدُ إِنْ كَانَ ذَا رَأْيٍ إِذَا لَمْ يُولَّ عَلَيْهِ، وقَالَ ابْنُ وَهْبٍ: يَعْقِدُ وَلِيُّهُ، فَإِنْ عَقَدَ فَلَهُ إِجَازَتُهُ وَرَدُّهُ...

حاصله: أن ابن وهب رأى أن الحجر عليه يمنع من عقد النكاح.

واتفق ابن القاسم وأشهب على أن له الولاية، ثم اختلفا ، فقال ابن القاسم في «الموازية»: لا يستقل بها ولكن يعقد بإذن وليه، زاد الباجي[٣] في قوله: إلا السفيه الضعيف فهو كالميت .

وقال أشْهَب في «العتبية»: يتولى العقد بشرطين: أن يكون ذا رأي، وأن يكون مهملاً

---

(١) «المدونة» (٤/ ١٧٨).

(٢) «الجواهر» (٢/ ٥٤).

(٣) «المنتقى» (٥/ ١٢٩).

لا وصي عليه ولا تحجير من جهة الحاكم.

ونقص المصنف من قول ابن القاسم ولا السفيه الضعيف، والمراد بالسفيه الضعيف هو الذي لا رأى له، ونقص أيضًا من قول ابن وهب أمرين: أحدهما: أنه قال بإثر ما نقله المصنف عنه: ويستحب للولي أن يحضره ولا تضر غيبته ، وثانيهما أنه قال: وإن لم يكن له ولي فإنكاحه ماضٍ إن كان صوابًا.

محمد: وقوله صواب، إلا قوله: فإن لم يكن له ولي جائز، وذلك سواء كان له ولي أم لا، ينظر فيه بالاجتهاد فيرد أو يجيز، وذكر ابن مغيث في و«ثائقه» عن أشْهَب: إن إنكاح السفيه لوليته جائز، وإن كان مولى عليه.

الباجي[١]: ففرق ابن وهب بين المحجور عليه وغيره، وسوّى محمد بينهما وقال: لا يرد إلا بوجه بين.

ابن زرقون: وقال أبو مصعب في المحجور عليه: إن النكاح فاسد، يفسخ قبل البناء وبعده، وهو راجع للاختلاف في النكاح الموقوف.

وَالْمَشْهُورُ أَنَّ الفِسْقَ لا يَسْلُبُ إلا الكَمَالَ.

الباجي[٢] : مذهب مالك وأبي حنيفة أن الفسق لا ينافي الولاية .

وفي «اللخمي»: أجاز ابن القصار أن يكون فاسقًا ، وكرهه عبد الوهاب مع وجود عدل وإن عقد جاز، والشاذ حكاه ابن شاس[٣] ولم أره إلا أن ابن بشير قال: هل يصح أن يكون الفاسق وليا أم لا؟

وذكر اللخْمِي القولين، والذي في المذهب الخلاف في كونها شرطًا في الكمال لا في الإجزاء، ولعل هذا الخلاف في شهادة لأن من الناس من لا يرضى لوليته إلا بما يعود لصلاحها لا نفقته وحميته، ومنهم من لا يلتفت إلى ذلك، والذي رأيته في اللَّخْمِي هو ما قدمته.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٢٩).

(٢) «المنتقى» (٥/ ١٣٠).

(٣) «الجواهر» (٢/ ٦٢).

ابن عبد السلام: وبقي في تصوير المشهور أن سلب الكمال إن أريد به تقديم الأبعد العدل على الأقرب الفاسق فبعيد، وإن أريد رجحان العدل المساوي في القرابة على مساويه الفاسق فيها فقريب.

وَيَصِحُّ تَوْكِيلُ الزَّوْجِ الْعَبْدَ، وَالصَّبِيَّ وَالْمَرْأَةَ وَالنَّصْرَانِيَّ عَلَى الأَصَحِّ، بِخلافِ الْوَلِيِّ فَإِنَّهُ لا يُوَكِّلُ إلا مَنْ يَصِحُّ عَقْدُهُ لَوْ كَانَ وَلِيا...

يعني: يشترط في توكيل ولي الزوجة أن يصلح أن يكون وليًا وأما الوكيل من جهة الزوج فلا يشترط فيه ذلك على الأصح، وقيل: يشترط في وكيله ما يشترط في وليها، وأنكر بعضهم وجوده في المذهب.

ابن شاس(١): ثم يقول الولي للوكيل بالقبول: زوجت من فلان، ولا يقل: زوجتك، وليقل الوكيل: قبلت لفلان ، ولو قال: قبلت، لكفى إذا نوى بذلك موكله.

وَلابْنِ الْعَمِّ وَالْمُعْتَقِ وَالْحَاكِمِ وَوَكِيلِهِمْ أَنْ يَتَوَلَّى طَرَفَي عَقْدِ النِّكَاحِ بِالإِذْنِ لَهُ مُعَيَّنًا عَلَى الْمَشْهُورِ...

لم يثبت في كل النسخ قوله: **(عَلَى الْمَشْهُورِ)** وهي زيادة صحيحة، ثم هي يحتمل أن تعود إلى قوله: **(يَتَوَلَّى طَرَفَي عَقْدِ النِّكَاحِ)** ويحتمل أن يعود إلى قوله: **(مُعَيَّنًا)**.

وحكى اللَّخمي عن المغيرة منعه إلا أن يوكل غيره يزوجها منه، وعلى المشهور ففي «الجلاب»(٢) : فينبغي للولي أن يشهد على رضاها احتياطًا من منازعتها، فإن لم يشهد على ذلك والمرأة مقرة بالنكاح فهو جائز، ولفظ ذلك أن يقول لها: قد تزوجتك على صداق كذا وكذا وترضى به.

وقد تقدم أن المشهور : ليس له أن يزوجها من نفسه إلا أن تأذن له معينًا ، وأن في المذهب قولاً آخر : أن له ذلك وإن لم تعين، والاحتمال الأول أقرب إلى هذه المسألة؛ لأن هذه المسألة تقدمت.

فإن قيل: إنما أعادها ليؤخذ منه القول الشاذ، **قيل:** لا شك أن الأول أكثر فائدة؛ لأنه

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٧٥).

(٢) «التفريع» (٢/ ٣٢).

يؤخذ منه حكم مسألة مستقلة.

ويقع في بعض النسخ ما نصه: (**بالإذن على المشهور معينًا**)، وحينئذ يتعين حمله على الوجه الثاني؛ لأن قوله: معينًا؛ من صلة المصدر وهو الإذن، فلو حملناه على الأول لزم الفصل بين المصدر وصلته بأجنبي، وهو غير جائز.

فروع:

الأول: الوصي يلحق بمن ذكر ، لكن كره مالك لوصي الأب أن يزوج محجورته من نفسه أو من ولده، قيل: ومقدم القاضي أشد في الكراهة، فإن فعل نظر السلطان فيه، فإن كان غبطة لها أمضاه.

محمد: ينظر فيه عند البناء، وروى ابن حبيب عن مالك أنه يكمل لها صداق المثل، وقال ابن حبيب : لا يجوز ذلك ابتداءً فإن فعل نظر في ذلك السلطان ، كما قاله مالك في اشترائه مال محجوره.

وقال غير واحد: وإذا تزوج فلابد أن يضمن العقد معرفة السداد، ومعرفة الإيصاء والصداق؛ لأن الوصي يتهم في محاباة نفسه.

الثاني: إذا وكل الأب من يعقد نكاح ابنته البكر فهل على الوكيل أن يستأمرها أم لا؟ روايتان، والذي ذهب إليه عبد الملك والتونسي أنه لا يستأمرها ولا يسمع منها.

وفي «وثائق ابن عفيف»: ليس للوكيل تزويجها إلا بسامعين برضاها إلا أن يقول الأب في توكيله أنه وكيله وكالة تامة مفوضة أقامه بها مقام نفسه، وأنزله منزلته، فلا يحتاج إلى السماع حينئذ.

وظاهر الخلاف: أنه في حضور الأب وغيبته ، لأن ابن عات قال: إذا غاب الأب بعد التوكيل كان ذلك يعني دخول الخلاف أحرى.

الثالث: إذا كان الولي في غير بلد وليته، فأراد أن يوكل على عقد نكاحها، وطلب من القاضي الخطاب ، فعلى القاضي أن يكلفه إثبات ولايته ومنزلته من المرأة فإذا ثبت ذلك عنده فحينئذ يخاطبه.

الرابع: إذا طال أمد الوكالة ستة أشهر ونحوها لم يعقد حتى يجددها إلا أن ينص

الموكل أنها بيده على الدوام.

وَالإِشْهَادُ شَرْطٌ فِي جَوَازِ الدُّخُولِ لا فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ.

لما في «المدونة»[١] من رواية ابن وهب: أن حمزة بن عبد الله خطب إلى سالم بن عبد الله ابنته فزوجه إياها وليس معهما غيرهما، قال فيها: وقد ذكر مثل ذلك عن رسول الله ﷺ حين قال لرجل: «**ألا أنكحك آمنة بنت ربيعة بن الحارث؟**»، فقال: بلى يا رسول الله، فقال: «**قد أنكحتك إياها، ولم يشهد**»[٢].

قال ابن المواز: وقد فعل ذلك ابن عمر ـ رضي الله تعالى عنهما ـ حين زوج ابنته سودة من عروة، أخبرنا به غير واحد، وما ذكرناه من لفظ «المدونة» آمنة، كذلك رواه جماعة.

عياض: والمعروف (أميمة)، بميمين، وقد قيل في غير لفظ «المدونة» (أمامة)، وكذلك ذكره البغوي في هذا الخبر بعينه، والبخاري في «تاريخه»[٣] وإذا لم يشترط الإشهاد في العقد فهو أفضل.

ابن عبد السلام: ويتخرج في المذهب قول آخر بعدم صحة النكاح الذي لم يشهد فيه من الخلاف في تفسير نكاح السر. انتهى.

وفي «التنبيهات»: مشهور مذهبنا أن الإشهاد ليس بشرط في صحة العقد، وفي «كتاب القزويني» عن مالك ما ظاهره: أن الإشهاد شرط في العقد كقول المخالف.

اللخمي وابن يونس[٤] وابن رشد[٥]: ويستحب إعلان النكاح وإشهاره وإطعام الطعام عليه، وروى الترمذي والنسائي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**أعلنوا النكاح واجعلوه في المساجد، واضربوا عليه بالدفوف**»[٦]، وروي أيضًا عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال:

---

(١) «المدونة» (٤/ ١٩٣).

(٢) أخرجه أبو نعيم في «المعرفة» (٤٣٤٢)، وفيه: «أمامة» بدل «آمنة».

(٣) «التاريخ الكبير» (٢/ ٦٣). (٤) «الجامع» (٤ / ٢١٧ ـ ٢١٨).

(٥) «البيان والتحصيل» (٤ / ٤٣١).

(٦) أخرجه الترمذي (١٠٨٩)، وابن ماجه (١٨٩٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١٤٤٧٥) من حديث عائشة ـ رضي الله عنها.
وضعفه الألباني ـ رحمه الله.

«فصل ما بين الحلال والحرام الدفّ والصوت»[1] .

فَإِنْ دَخَلَ قَبْلَهُ فُسِخَ بِطَلْقَةٍ بِائِنَةٍ، وقِيلَ: وَيحدَّانِ إِذَا ثَبْتَ الْوَطْءُ مَا لَمْ يُكُنْ فَاشِيًا وعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ: مَا لَمْ يَجْهلا...

ما ذكره من الفسخ بطلقة بائنة نص عليه مالك في «الموازية»، وهو واضح، أما كونه بطلاق؛ فلأن عقده صحيح عندنا، وأما كونها بائنًا فلأنه من الطَّلاق الحكمي.

وقاعدة المذهب: أن كل طلاق يوقعه الحاكم فهو بائن إلا طلاقين: طلاق المولي وطلاق المعسر بالنفقة.

ودلت الواو في قوله: (وقِيلَ: ويُحَدَّانِ) على أن هذا القائل يضم إلى الفسخ بطلقة بائنة الحد إن ثبت الوطء بإقرار أو بينة ، ما لم يكن فاشيًا، وأن ابن القاسم لا يعتبر الفشو في إسقاط الحد، وإنما يعتبر جهلهما بحكم الشهادة خاصة، ومقتضى كلامه: أن المذهب سقوط الحد عنه في كل صورة، وهذا شيء لا يقوله أحد، بل إن حصل الفشوُّ والجهل فالاتفاق على سقوط الحدِّ ، وإن انتفيا فالاتفاق على ثبوته، قاله ابن بشير وابن عبد السلام.

واختلف إذا وجد أحد الوصفين، والقول باعتبار الفشو في إسقاط الحد لابن الماجشون وأصبغ وابن حبيب، والقول باعتبار الجهل لابن القاسم كما ذكر المصنف.

ابن الماجشون وأصبغ: والشاهد الواحد لهما بالنكاح أو باسم النكاح كالفشو في إسقاط الحد.

وَلا تُفِيدُ شَهَادَةُ الْوَلِيِّ لهما كَمَا لا تُفيدُ عَلَى إِذْنِهَا.

يعني أن الولي إذا شهد لهما بالتزويج لا تفيد شهادته شيئًا؛ لأنه يتهم على إرادة الستر على وليته وكذلك أيضًا لا تعتبر شهادة الولي على أنها أذنت له؛ لأنه يتهم على تصحيح فعل نفسه.

---

(١) أخرجه الترمذي (١٠٨٨)، والنسائي (٣٣٦٩)، وفي «الكبرى» (٥٥٦٢)، وأحمد (١٥٤٨٩)، من حديث محمد بن حاطب الجمحي.
وحسنه الألباني ـ رحمه الله.

وَنِكَاحُ السِّرِّ بَاطِلٌ.

لما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن نكاح السر[١] .

وَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ الْمُتَوَاصى بِكَتْمه وإِنْ أَشْهَدَ فيهِ فَيُفْسَخُ بَعْدَ الْبنَاءِ وإِنْ طَالَ عَلَى الْمَشْهُورِ ، وقيلَ: هُوَ الَّذِي دَخَلَ وَلَمْ يُشْهَدْ فيهِ...

المشهور مذهب «المدونة» أن نكاح السر هو المتواصى بكتمه ولو كانوا مائة شاهد .

وقال يحيى بن يحيى : لا يكون نكاح سر ما عقد بشاهدين، وإنما هو ما عقد بغير بينة، أو بشهادة امرأتين، أو رجل وامرأتين، يريد: ودخل فيه من غير شهادة، وإنما يفسد على المشهور إذا أوصى بالكتمان قبل العقد، ولو أمر الشهود بالكتمان بعد العقد فإنه صحيح ويؤمرون بإشهاره.

وأشهب: وهذا إذا لم تكن له نية، وإن نكح على نية الاستكتام بعد العقد فليفارق.

وقال أصبغ: لا أرى أن يفسخ إذا لم يكن إلا ضمير نفسه؛ لأنه لا بأس أن يتزوج ونيته أن يفارق، واختلف هل الأمر بذلك على قول أشْهَب استحباب وهو مذهب ابن رشد؟ أو وجوب وهو مذهب التونسي؟

ابن حبيب: وإن اتفق الأولياء والزوج على الكتمان، ولم يعلموا الشهود فهو نكاح سر.

مالك في «الواضحة»: ولا فرق بين أن يسألوا الشهود أن يكتموا ذلك من امرأة أخرى، أو يكتموا ذلك في المنزل الذي نكح فيه، ويظهروه في غيره، أو يكتموا ثلاثة أيام ونحوها، وذلك كله نكاح سر.

وإذا فرَّعنا على المشهور فلو وقع، ففي «البيان»[٢]: المشهور: يفسخ بعد البناء، إلا أن يطول بعده فلا يفسخ، وكذلك نقل ابن حبيب عن مالك وأصحابه، قال: وقيل: إن النكاح صحيح يثبت قبل البناء وبعده، ويؤمر الشهود بإعلان النكاح، وهو قول يحيى بن يحيى، انتهى.

---

(١) أخرجه الطبراني في «الأوسط» (٦٨٧٤)، وأبو نعيم في «الحلية» (٦/ ٩٣) من حديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه.

(٢) «البيان والتحصيل» (٤ / ٣٧٨).

وهذا لا يحسن أن يكون مقابل المشهور في كلام المصنف، لأن يحيى يخالف في تفسير نكاح السر ابتداءً، والخلاف الذي حكاه المصنف إنما هو مبني على المشهور، وإنما مقابل المشهور في كلام المصنف على رأى اللَّخْمِي: أنه يمضي بالعقد.

فإن قيل: هل يصح أن يكون الشاذ في كلام المصنف ما قاله ابن الجلاب[1] أنه يعلن في ثاني حال ويصح؟

قيل: لا؛ لقوله بعد ذلك : إذا لم يرد به نكاح السر.

وصاحب «الكافي» وإن لم يذكر هذه الزيادة فينبغي أن يقيد كلامه بها؛ لأنه كثيراً ما يأخذ من «الجلاب».

وفي «الاستلحاق» عن بعض من أكد به أنه رأى لأصحاب مالك أن نكاح السر جائز، وبه قال أبو حنيفة والشافعي . انتهى.

وهذا يحتمل أن يكون إشارة إلى قول يحيى، ولم أر من قال بالفسخ بعد البناء والقول كما قال المصنف ، غير أنه وقع في «المدونة» و«المبسوط» لمالك أنه يفسخ وإن دخلا.

وفي سماع أشهب[2]: يفرق بينهما وإن دخل بطلقة، ولها صداقها إن كان أصابها ، ولم يقل فيه (**وإِنْ طَالَ**) كالمصنف.

ابن راشد: ولعل المصنف رأى هذه الرواية فحملها على الإطلاق.

خليل: ويؤخذ من كلام صاحب «الاستلحاق» أن ما وقع لمالك في سماع أشْهَب محمول على إطلاقه.

ونص أبو الحسن على أن ما حكاه ابن حبيب تفسير «للمدونة» ، وكذلك أشار إليه المازري، ونص على أن ما وقع في «المبسوط» يقيد أيضًا بعدم الطول بعد البناء.

وقد ظهر لك أن قوله (**عَلَى الْمَشْهُورِ**) راجع إلى قوله: (**بَعْدَ الْبِنَاء**) وأن مقابله للخمي، ولا يرد إلى قوله: (**وإِنْ طَالَ**) ، وإن كان ابن عبد السلام زعم أنه الأولى، قال: وقد ذكر الخلاف كذلك غير واحد.

لأنه تبين لك أن المشهور لا يفسخ بعد البناء والطول، ولكن يبقى .

---

(١) «التفريع» (٢/ ٣٣).
(٢) «البيان والتحصيل» (٤ / ٣٧٩).

قول المصنف: (وإِن طَالَ) ليس بجيد لاقتضائه أنه يفسخ على المشهور بعد البناء والطول.

ابن شهاب في «المدونة»[١] : ويعاقب الزوجان والشاهدان بما كتما، وقال مالك: لا يعاقب الشاهدان إن جهلا ذلك، وإن أتيا بمعرفة أنه لا يصح عوقبا.

وَرَجَعَ مَالِكٌ إِلَى أَنَّهُ لا يُفْسَخُ نِكَاحُ الْخِيَارِ بَعْدَ الْبِنَاءِ لِلزَّوْجِ أَوْ لِلزَّوْجَةِ أَوْ لِلْوَلِيِّ أَوْ لَهُمْ بِخلافِ النِّكَاحِ إِلَى أَجَلٍ...

يعني: أن نكاح الخيار ممنوع؛ لأن الخلاف في الفسخ بعد البناء مستلزم للمنع قبله.

اللخمي: وعلى القول بإجازة الخيار في الصرف اليوم واليومين يجوز مثل ذلك هنا، والنكاح في هذا أوسع من الصرف؛ لأن النكاح غير منعقد حتى تمضي أيام الخيار.

وقال: ويجوز على خيار المجلس وبعد الافتراق فيما قرب، وهو في هذا أوسع من الصرف، قال صاحب «الاستلحاق»: ومن شيوخنا من يقول: إن كان الخيار في المجلس، فلم يختلف أصحابنا في جوازه ، وإن كان الخيار يفترقان عليه كالبيع، فلا يختلف أصحابنا في منعه ولابن القاسم في «الموازية»: إن شرط لها مشورة فلان الشيء القليل وهو حاضر بالبلد ويأتي من فوره جاز وأخذ ابن القاسم بالقول المرجوع إليه أنه إنما يفسخ قبل البناء، وكان أولا يقول بالفسخ أيضًا بعده، وهو أظهر؛ لأن فساده في عقده.

قال في «المدونة»[٢]: ولها المسمى دون صداق المثل.

عياض: وفي «الأسدية»: لها صداق المثل.

وقوله: (بِخلافِ النِّكَاحِ إِلَى أَجَلٍ) يعني: فإنه يفسخ بعد البناء باتفاق ، وهو نكاح المتعة بغير طلاق، وقيل: بطلاق ، ويعاقب الزوجان ولا يبلغ بهما الحد، والولد فيه لاحق، وهل لها المسمى بالدخول أو صداق المثل؟ قولان.

اللخمي: والأحسن المسمى؛ لأن فساده في عقده.

فرعان:

الأول: قال مالك: لا خَيْرَ فِي نكاح النَّهاريّة؛ وهو: أن يتزوج على أن لا تأتيه إلا

---

(١) «المدونة» (٤/ ١٩٤).

(٢) «المدونة» (٤/ ١٩٤).

نهارًا أو ليلاً.

ابن القاسم: ويفسخ ما لم يدخل ، فإن دخل ثبت، ولها صداق المثل، ويسقط الشرط.

قال في «البيان»[١] : وهو الذي يأتي على مذهب «المدونة» ، وبه قال أصبغ، وحكاه عن مالك وأصحابه. وقال عيسى: يفسخ قبل الدخول وبعده.

واختلف: هل لها صداق مثلها أو المسمى ؟ والقول بصداق المثل أظهر لما في الشرط من التأثير في الصداق، ومن أهل العلم من يجيز نكاح النهارية، وهو قول الحسن وعطاء ومنهم من يكرهه، وهو قول الحكم وابن سيرين. انتهى.

والفرق بينه وبين نكاح المتعة على قول ابن القاسم: أنه دخل هنا على أن يكون النكاح بيده إلى أن يموت.

الثاني: أن يتزوج المسافر المرأة ليستمتع بها، ويفارقها إذا سافر، فإن شرطا ذلك فهو متعة، وإن لم يشترطاه ولكن فهمت المرأة ذلك، ففي جوازه ومنعه قولان لمالك ذكرهما اللَّخْمِي وغيره.

مالك: وإن تزوج لغربة أو ليقضي إربه ثم يفارق فلا بأس، وإن كان من النساء من لو علمت بذلك لم ترض.

وَفِي إِنْ لَمْ يَأْتِ بِالصَّدَاقِ إِلَى أَجَلِ كَذَا قَوْلاَنِ: مِثْلُهُ، وجَائِزٌ.

(مِثْلُهُ وَجَائِزٌ) تفسير للقولين، والضمير المضاف إليه (مثل) عائد على نكاح الخيار، ويتبين لك ذلك بكلامه في «المدونة».

ونص «التهذيب»[٢]: ومن نكح على أن له الخيار أو للولي أو للزوجة أو لجميعهم يومًا أو يومين لم يجز، وفسخ قبل البناء لأنهما لو ماتا قبل الخيار لم يتوارثا، فإن بنى بها ثبت النكاح وكان لها المسمى.

وكذلك الجواب في من تزوج المرأة على أنه إن لم يأت بالصداق إلى أجل كذا، وإلا فلا نكاح بينهما، وقد كان مالك يقول فيها: إن النكاح يفسخ بعد البناء؛ لأن فساده في

---

(١) «البيان والتحصيل» (٤/ ٢٧١).

(٢) «تهذيب المدونة» (١/ ٣١٠).

عقده، ثم رجع؛ فقال: أرى أن يثبت بعد البناء؛ فقول المصنف: **(مثلُهُ)** هو تشبيه بالمشهور والذي رجع إليه مالك؛ لأنه قد تقدم أن المصنف إذا قدم مشهوراً ثم شبه فإنما يشبه في المشهور، ويبعد أن يريد بمثله جريان القولين، إذ لا يقال إن القول الأول في المسألة قولان، وإنما يحسن ذلك في الطريقة، ولمالك في «الموازية» في إن لم يأت بالصداق إلى أجل كذا فلا نكاح بيننا: أنه يفسخ قبل البناء ، ويثبت بعده بصداق المثل فجعل لها صداق المثل خلاف ما في «المدونة».

قال في «البيان»[1] : والخلاف إنما هو إذا أتى الزوج بالصداق قبل الأجل المشروط ، وإن لم يأت الزوج بالصداق حتى انقضى الأجل أو حتى انقضت أيام الخيار فلا نكاح بينهما قولاً واحداً.

وقول المصنف : **(وجَائِزٌ)** لا يؤخذ منه هل يبطل الشرط أم لا؟ وقد حكى في «البيان» الأول عن أَشْهَب، وذكر عنه أنه قال: عليه المسمى، وحكى الثاني ـ أي أنه يجوز ويلزمه الشرط ـ عن سحنون، وقال: ومثله روى أَشْهَب عن مالك.

وقد روي مثله عن ابن القاسم وأشهب وهو أظهر الأقوال، وفَهِمَ اللَّخمِي والأكثرُ «المدونة» عَلى أن النكاح منعقد، وحكى ابن عبد السلام عن بعضهم أن فهمها على النكاح منحل، وإنما ينعقد عند إتيان الأجل، وليس بصحيح؛ لأنه لو لم ينعقد النكاح لم يقل مالك: يفسخ؛ لأن فسخ غير المنعقد لا يصح؛ ولأنه لو كان كذلك لم يأت في «المدونة» بإثرها بمسألة تأجيل العقد؛ لأنها على هذا هي في المعنى.

فإن قيل: قد نص مالك فيمن اشترى سلعة على أنه إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا فلا بيع بينهما على صحة البيع وبطلان الشرط، فلم لا يكون هنا كذلك؟

قيل: لأن الخيار ينافي عقد النكاح بخلاف البيع.

فرع:

إذا قال في عقد النكاح: إن لم يأت بالصداق إلى أجل كذا فأمرها بيدها؛ فروى ابن القاسم عن مالك في «الموازية»: يفسخ قبل البناء ويثبت بعده.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٤/ ٤٧٨).

قال في «البيان»[١] : وإذا ثبت بعده بطل الشرط وكان فيه المسمى.

وروى أَشْهَب عن مالك أنه جائز والشرط لازم، وقاله ابن القاسم وسحنون وأصبغ، وهو قول المدنيين.

قال في «البيان»[٢] : وهو أظهر، ومثله روى أَشْهَب عن مالك وروي أيضًا مثله عن ابن القاسم.

وَكَذَلِكَ تَأْجِيلُ العقْدِ عَلَى الْمَشْهُورِ مِثْلَ أَنْ يَتَرَاضَى الثَّلاثَةُ عَلَى أَنَّهَا زُوِّجَتْ بَعْدَ شَهْرٍ...

قوله: (**كَذَلِكَ**) أي: مثل نكاح الخيار في المنع تأجيل العقد على المشهور ، و(الـ) في (**الثَّلاثَةُ**) للعهد، والمراد بالثلاثة الزوج والزوجة والولي، وقلنا: للعهد لتقدم ذكرهم في نكاح الخيار.

ابن عبد السلام: ويحتمل أن يكون المعهود هنا المعهود الذهني، وذلك لأنه علم أن النكاح لا يتم إلا بالثلاثة ، والمشهور مذهب «المدونة»؛ ففيها: ومن قال لامرأة: إذا مضى شهر فأنا متزوجك، فرضيت هي ووليها، فهذا النكاح باطل لا يقام عليه.

واختلف في فهمها، ففهم الأكثرون أن المنع إنما هو لتوقيت الإباحة بزمان دون زمان، فكان كالمتعة، وهو الذي يؤخذ من كلام المصنف، ونقله صاحب «النكت»[٣] عن غير واحد من القرويين، وفهمها صاحب «البيان» على أنه ليس هناك عقد منبرم، وإنما هو عقد فيه خيار، والبطلان فيه إنما هو من معنى المسألتين اللتين قبله، ويُقوِّي ذلك ما وقع في أصل «المدونة»: فأنا أتزوجك.

والعقود إذا وقعت بصيغة المضارع لا يلزم بها حكم، وغايتها أن تكون وعدًا، ولو كان العقد منبرمًا لقال: قد تزوجتك، وللأول أن يقول: لا فرق هنا بين الماضي والمضارع؛ لأنهما واقعان في جواب الشرط، والشرط وجوابه لا يكونان إلا مستقبلين في المعنى.

ابن راشد: ولم أقف على مقابل المشهور.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٤/ ٤٧٨).

(٢) «البيان والتحصيل» (٤/ ٤٧٩).

(٣) «النكت والفروق» (١/ ٢٢٢).

الزَّوْج.

يشترط فيه شروط الصحة وشروط اللزوم، فشرط الصحة أن يكون مسلمًا لامتناع استيلاء الكفار على المسلمين ، وأن يكون خاليًا من الموانع التي يأتي بيانها في باب الزوجة كالإحرام والمرض .

وأن يكون مميزًا، فلا ينعقد نكاح المجنون والصغير غير المميِّز ، وفي انعقاد نكاح السكران خلاف ، ثم هل الخلاف فيمن معه تمييز؟ وأما من لا تمييز فلا يلزمه بالاتفاق والخلاف فيمن لا ميز له، وأما من معه ميز فيلزمه طريقان، وألا يكون خنثى مشكلاً، فإن كان كذلك فالمنصوص أنه لا يَنْكِح ولا يُنْكح.

ابن راشد: وقيل: يطأ السراري.

ابن أخي هشام: فإن مات اشتريت له جارية تغسله، واستحسنه أبو عمران.

وأما شروط اللزوم : فالرشد والبلوغ والحرية ، فإن تزوجوا بغير إذن وليهم فله الرد، وكذلك أيضًا يشترط الطوع.

محمد: وأجمع أصحابنا على إبطال نكاح المكره والمكرهة، ولا يجوز المقام عليه، وفي قياس بعض مذهب مالك أنه يجوز للمكره إمضاؤه آمنًا مطمئنًا، وفي قياس بعض مذاهبهم أنه يجوز بحدثان ذلك وإلا لم يجز، وكذلك أولياء المرأة، وإنما للمكره أن يجبر على هذا القول على المسمى، وإن كان أكثر من صداق المثل؛ لأن بذلك رضيت ، فإن لم يكن وطئ ـ يعني بإذنها ـ وكذلك يكون لولي المرأة إجازة نكاحها على ما رضي به وإن كان أقل من صداق مثلها.

ويُزَوِّجُ الأبُ والْوَصيُّ وَالحَاكِمُ الْمَجْنُونَ والصَّغِيرَ إِن احْتَاجَ .

يعني: لمن له النظر على الصغير أن يزوجه، سواء كان له النظر بالأصالة وهو الأب، أو بنيابة وهو الوصي والحاكم.

عياض: ولا خلاف في جواز إنكاح الأب ابنه الصغير والمجنون، وقيد ذلك في كتاب الخلع، وذلك بما إذا كان فيه غبطة ورغبة كنكاحه من المرأة الموسرة، وفي إجبار الوصي الصغيرَ ثلاثة أقوال: ألحقه بالأب في «المدونة»، وكذلك وصي الوصي، وقال في «الموازية»: ليس في هذا نظر، ولا يعجبني .

وفرق المغيرة فقال: إن كانت المرأة ذات شرف أو ابنة عم فله الإجبار وإلا فلا.

عياض: وإليه يرجع ما في «المدونة» و«الموازية» بدليل كلامه في كتاب الخلع.

خليل: وأجرى بعضهم هذه الثلاثة في الأب.

ابن راشد: ولم أر في الحاكم خلافًا، وينبغي أن يجوز له ذلك بلا خلاف، لأن الحاكم لا يفعل ذلك إلا بعد أن يثبت عنده أن في ذلك مصلحة.

عياض: ولا يزوج الصغيرَ غير الأب والوصي على المشهور من المذهب، إلا ما وقع في كتاب يحيى بن إسحاق.

ولابن كنانة في أخٍ زوَّج أخًا له صغيرًا يليه، وليس بوصي عليه أنه يمضي ويلزمه، وذكر عن مالك فسخه إلا أن يطول بعد الدخول.

وأما المجنون فلمالك في «مختصر ما ليس في المختصر»: أعجب إليَّ ألا يُزوَّج المغلوب على عقله، وما رأينا أحدًا زوَّجه، وقال اللخمي: إن خيف منه الفساد زُوج؛ لأن الحدَّ وإن سقط عنه فلا يعان على الزنا، وإليه أشار بقوله: **(إن احْتَاجَ)**.

وَفِي جَبْرِهِمْ السَّفِيهَ قَوْلانِ.

القول بالجبر لابن القاسم في «العتبية» وابن حبيب، وأُخذ من قوله في «المدونة» في النكاح الأول آخر مسألة من يزوج ابنه البالغ أنه لا يلزمه إذا كان الابن قد ملك أمره.

ونص الباجي[1] على المشهور ، والقول بعدم الجبر هو منصوص عليه في كتاب إرخاء الستور، وهو قول عبد الملك وصححه صاحب «النكت»[2] وغيره، وهو الصحيح لأنه يلزمه الطَّلاق، فإذا أجبر على ما لا يجب طلق، ويلزمه نصف الصداق من غير منفعة حصلت له.

وَمنْ زَوَّج ابْنَهُ الصَّغِيرَ فَقِيراً فَالصَّدَاقُ فِي مَالِ الأَبِ حيا وَمَيِّتًا مُعَجَّلُهُ ومُؤَخَّرُهُ، ولا يَنْتَقِلُ إِنْ أَيْسَرَ، وقيلَ: إِلا أَنْ يَتَبَيَّنَ أَنَّهُ عَلَى الابْنِ...

لما ذكر تزويج الصغير ذكر على من يكون الصداق، وذكر أن الابن إذا كان فقيرًا أن

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٤٤).

(٢) «النكت والفروق» (١/ ٢٢٣).

الصداق على الأب سواء اشتُرط على الأب أو على الابن، أو لم يُشترط على واحد منهما، وقيل: إن بين أنه على الابن فهو عليه.

واكتفى المصنف بذكر الخلاف مع الاشتراط على الابن لأنه إذا كان المشهور أنه على الأب ولو اشترط على الابن فلأن يكون على الأب مع عدم الاشتراط، أو اشترط أن يكون عليه من باب أولى.

وما ذكره أنه المشهور هو نص قول ابن القاسم في «الموازية»، وهو ظاهر «المدونة»؛ لأنه أطلق فيها كونه أنه على الأب، ووجهه بأنه لا مصلحة للابن في تعمير ذمته بالصداق مع فقره وعدم حاجته في الحال.

والشاذ لابن القاسم ، وبه قال أصبغ وابن حبيب.

المتيطي: فهم جماعة «المدونة» عليه، وبه جرى العمل عند الشيوخ ، أما إن كانا معًا عديمين فروى أصبغ : لا شيء منه على الأب.

الباجي: والذي يقتضيه المذهب أنه مع الإبهام على الأب لأنه يتولى العقد.

واحترز بقوله (فَقِيرًا) من الغني، فإن فيكون على الابن سواء اشترطه عليه أو لم يشترطه إلا أن يشترط أنه على الأب، فيكون عليه على المعروف ، وحكى بعض الموثقين أن الابن إذا كان له مال وحمل الأب الصداق عنه أن المرأة تخير إن شاءت أخذت به الحامل أو المحمول عنه، وكان هذا نحى به منحى الحوالة إذا كانت على غير أصل دين، فإنها تنقلب حمالة على المعروف، وتخييره المرأة على هذا مبني على أحد قولي مالك أن لرب الدين أن يتبع الضامن أو المضمون عنه كما سيأتي.

وقوله: (الصَّغِيرَ) احترازًا من الكبير فإنه يكون على الابن، يريد إذا كان رشيدًا، وأما السفيه فكالصغير نص عليه اللَّخمي وغيره.

وما قلناه من أن الصَّدَاق على الرشيد هو قول يحيى بن سعيد في «المدونة»[1] على فهم أكثر الشيوخ؛ لأن فيها: قال يحيى بن سعيد: ومن زوج ابنه صغيرًا أو كبيرًا ليس له مال، فالصداق على الأب عاش أو مات، فتأوله أكثرهم على الكبير السفيه، وكذلك نص

---

(١) «المدونة» (٤/ ٢٢٢).

عليه في «الواضحة».

وقال ابن يونس: ذلك سواء في السفيه والرشيد؛ لأن الأب تولى العقد، كالوكيل يشتري سلعة فالثمن عليه إلا أن يقول: هو ينقدك دوني.

عياض وغيره: وهو ضعيف؛ لأن حكم الوكالة في النكاح مخالف لحكم الوكالة في البيع؛ لأن الوكيل إنما يلزمه دفع الثمن؛ لأنه يملك قبض العوض.

فرع:

ولو زوج الأب الرشيد فقال الابن: إنما ظننت أن يكون على الأب، وقال الأب: إنما أردت أن يكون على الابن، فقال مالك: يفسخ النكاح ولا شيء على واحد منهما.

محمد: بعد أن يحلفا، ومن نكّل منهما كان الصداق عليه.

ابن بشير: وهذا يحتمل أن يكون تفسيرًا لقول مالك، ويحتمل أن يكون خلافًا، ويجري على حكم أيمان التهم؛ لأن الزوجة ووليها لا يحققان الصداق على أحد منهما.

وقال اللخمي: أرى إن نكلا أن يثبت النكاح ويغرم كل واحد منهما نصف الصداق، وإن لم ينظر في ذلك حتى دخل الابن حلف الأب وبرئ، ثم إن كان صداق مثلها مثل المسمى أو أكثر غرمه الزوج بغير يمين، وإن كان المسمى أكثر حلف الزوج وغرم صداق المثل.

فروع:

الأول: لو كان الصغير موسرًا بالبعض دون البعض، فقال الباجي[1]: لم أر فيه نصا، وعندي أنه يكون في ماله من المهر قدر ما هو مليء به، ويكون في الزائد حكم من لا مال له.

الثاني: إذا زوج الصغير ـ ولا مال له ـ نكاح تفويض، ولم يفرض لها حتى بلغ فالصداق في مال الأب حيا وميتًا، قاله عيسى؛ يريد لأن الصداق كان ثابتًا حين العقد على الأب، وإنما تأخر تعيينه.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٥٠).

الثالث: إذا أذن لولده الفقير فعقده، وكتب الصداق ثم مات الزوج فطلبت الزوجة صداقها من الأب، فقالت: إذنك له في العقد كعقدك عليه.

قال ابن راشد : نزلت عندنا بقفصة، فأفتى الشيخ عبد الحميد ابن أبي الدنيا بأن لا شيء على الأب، وهو الظاهر، وقد قالوا في السيد يأذن لعبده أنه لا يكون ضامنًا بمجرد الإذن. انتهى.

الرابع: إذا زوج الصغير ولا مال له، وشرط الأب في عقد نكاحه أن يعطيه دارًا أو مالاً، فقال بعض شيوخنا: الصداق على الابن لأنه صار موسًرا بما أعطاه الأب.

قال: وفي المسألة نظر؛ لأنه لم يتقدم يسره بهذا المال قبل النكاح.

ابن يونس: والصواب ما قاله الشيخ؛ لأنه معلوم أنه لم يتم العقد إلا بيسره فهو كما لو أيسر قبل العقد.

فَلَوْ بَلَغَ فَطَلَّقَهَا قَبْلَ الْبِنَاءِ رَجَعَ إِلَى الأَبِ النِّصْفُ.

يعني: حيث كان الصداق على الأب فبلغ الابن فطلق المرأة قبل البناء، فإن النصف يرجع إلى الأب ؛ لأنه لم يلزمه إلا على حكم الصداق.

وقيل: وهذا إنما هو على القول بأن المرأة إنما تستحق بالعقد النصف، وأما على القول بأنها تملك الجميع فالقياس أن يرجع نصف الصداق للزوج، وقوَّى هذا القائل هذا التخريج، باختلاف ابن القاسم وابن الماجشون إذا خالع الابن قبل البناء على رد جميع الصداق ، فقال ابن القاسم في «الواضحة»: جميعه للأب، وقال ابن الماجشون: للأب النصف وللزوج النصف.

اللخمي: والأول أصوب، لأن قصد الأب بحمل الصداق أن يراه ذا زوجة، فإن لم يتم ذلك عاد الصداق.

قال في «المتيطية»: ويقول ابن القاسم الحكم.

ابن حبيب: ولو ألفى النكاح فاسدًا لرجع الجميع للأب.

وَمِثْلُهُ مَنْ زَوَّجَ ابْنَتَهُ وَضَمِنَ الصَّدَاقَ، وذُو الْقَدْرِ يُزَوِّجُ رَجُلاً وَيَضمَنُ الصَّدَاقَ.

يعني: إذا طلق الزوج في هاتين المسألتين قبل الدخول، فإن النصف يرجع إلى المزوج.

وَلا يَرْجِعُ أحَدٌ مِنْهُمْ؛ لأَنَّهَا حَمْلُ صِلَةَ وَلَيْسَ كَحَمَالَةِ الدَّيْنِ، ولا شَيْءَ عَلى الزَّوْجِ كَمَا لَوْ قَالَ: بِعْ فَرَسَكَ مِنْهُ والثَّمَنُ عَلَيَّ، أَوْ بِعْهُ بِالْعَشَرَةِ الَّتِي وَهَبْتُهَا لَهُ وَعَلَيَّ دَفْعها إِلَيْكَ، فَفَعَلَ فَلا شَيْءَ عَلَى الْمُبْتَاعِ، ولا رُجُوعَ لِلْبَائِعِ عَلَيْهِ فِي مَوْتٍ وَلا فَلَسٍ...

قوله: (**مِنْهُمْ**) أي: من المزوج ابنه الصغير والمزوج ابنته في ذي القدر؛ يعني: لا يرجع هؤلاء الثلاثة بما أدوا عن الزوج من نصف الصداق، لأنه حمل صلة وليس كحمالة الدين.

والحمل: عطية لا رجوع فيها لمعطيها، ولا يطلب فيها إلا القربة، والحمالة: هي الضمان.

ولا يصح أن يحمل كلام المصنف: (**وَلا يَرْجِعُ أَحَدٌ مِنْهُمْ**) على معنى لا رجوع لأحد عن حمله؛ لأن قوله: (**وَلَيْسَ كَحَمَالَةِ الدَّيْنِ**) يرده قوله: (**ولا شَيْءَ عَلى الزَّوْجِ**) يحتمل أن يريد لا رجوع للخروج في المسائل الثلاثة على الزوج بما أدى، لكنه يبقى تكرار مع قوله أولاً: (**وَلا يَرْجِعُ أَحَدٌ مِنْهُمْ**) ويحتمل أن يكون المعنى ولا شيء على الزوج؛ أي للزوجة، ويكون ذكره لدفع توهم أن يقال: إن الزوجة ترجع على الزوج لكونه لم يدفع لها شيئًا من عنده، ثم شبه ذلك بقوله (**كَمَا... إلخ**) ثم إن وقع النص على الحمل أو الحمالة فلا إشكال .

ابن عبد السلام: وإلا فأكثر الشيوخ يقولون: إن ما كان في العقد محمول على الحمل، وما كان بعده مختلف فيه هل على الحمل أو على الحمالة؟

وذكر بعض الموثقين أنه مختلف فيه في العقد، فإن مذهب ابن القاسم أنه محمول على الحمل، وروى عيسى أنه على الحمالة، وزعم بعضهم أن هذا الخلاف إنما هو في لفظ الضمان. انتهى.

وهذا الأخير هو لصاحب «البيان»[1] قال: وإن كان بلفظ الضمان وإن كان في عقد النكاح أو البيع فمذهب «المدونة» وابن حبيب وابن القاسم في «العتبية» أنه محمول على الحمل حتى يتبين أنه أراد الحمالة، وروي عن ابن القاسم أنه على الحمالة حتى يتبين أنه أراد الحمل، ولو ضمن بها الصداق بعد عقد النكاح أو الثمن بعد عقد البيع لحمل على

(١) «البيان والتحصيل» (٥/ ١٠٠).

الحمالة حتى ينص أنه أراد الحمل اتفاقًا. انتهى.

وعلل ابن يونس المنسوب «للمدونة» بأن العرف في ضمان الصدقات أنه على الحمل حتى ينص على الحمالة، وذكر أنه لا فرق بين أن تنازع الزوجة الضامن أو ورثته، ثم إن كان بلفظ الحمل في عقد البيع أو النكاح لزم، ولم يفتقر إلى حيازة إلا على ما ذكر ابن العطار من الخلاف في النكاح ، وذكر مثله في أصل عقد البيع.

واختلف إذا لفظ بذلك بعد عقد البيع أو النكاح؛ فعن ابن القاسم ومثله في «الواضحة» أنه يلزمه في الحياة ويسقط عنه بعد الوفاة كالهبة إذا لم تقبض .

وقال ابن الماجشون: ذلك لازم له في الحياة وبعد الوفاة كالحمالة، قال: لأنها ثمن لما ترك المحمول له من ذمة غريمه من حقه.

اختلف كذلك في لفظ الضمان إذا لفظ به في عقد النكاح، وأما بعده أو في عقد البيع أو بعده فهو محمول على الحمالة.

واختلف في الغريم المتحمل عنه على ما هو محمول، فقيل: على الملاء وقيل: على العدم.

فَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ وَتَعَذَّرَ أَخْذُهُ فَلَهَا مَنع نَفْسِهَا حَتَّى تَقْبِضَهُ.

أي: فإن لم يدخل الزوج وتعذر أخذ الصداق من الحامل فللمرأة منع نفسها من الدخول حتى تقبض الصداق؛ لأنها دخلت على اتباع غير الزوج ، لا على تسليم سلعتها بغير عوض، وهذا قول مالك وابن القاسم.

وهكذا الحكم في السلعة إذا بقيت بيد البائع حتى فلس الحامل، أو مات ولم يترك وفاءً، نص عليه أحمد بن خالد وخالفه أبو عمران، وقال: ليس للبائع أن يحبس السلعة لأن السلعة المبيعة بثمن إلى أجل لا تكون رهنًا بالثمن المؤجل .

هكذا قيل، والأقرب أنه ليس بخلاف ، بل كلام أبي عمران مخصوص بما إذا كان البيع إلى أجل ، وكلام أحمد بن خالد بما إذا كان البيع نقدًا، والله أعلم.

وقال اللخمي: إن كان الحمل برضاها لم يكن لها منع نفسها، لأنها تحولت بصداقها في ذمة الحامل، فإذا فرعنا على المذهب ومنعت الزوجة نفسها فدفع الزوج الصداق رجع به على الحامل.

بعض الموثقين: ولو أن المرأة أباحت نفسها حين أعدم الحامل ثم مات عن غير مال لم يكن لها قبل زوجها شيء لأنها قد بذلت نفسها ورضيت بإسقاط الطلب عنه.

وكما جعلوا للمرأة منع نفسها حتى تقبضه جعلوا للزوج الخيار بين دفع الصداق والدخول أو يفارق ولا شيء عليه، ولم يجبره على دفعه وإن كان له مال.

فرع:

فلو فارق الزوج ومات الحامل اتبعت المرأة تركته متى يطرأ له مال على قول مالك وابن القاسم ، وعلى قول ابن نافع: لا شيء لها، ويعود ميراثًا، قاله ابن عبد السلام وغيره.

اللخمي: فلو كان صداقها مائة ؛ النقد نصفُها، والمؤخر نصفُها، وخلف الحامل مالاً أخذت المرأة مائة لأن بالموت يحل المؤجل، فإن لم يخلف شيئًا فللزوج إذا أتى بالمعجل أن يبني بها، وإن خلف خمسين أخذتها وكان للزوج أن يدخل بها إذا دفع خمسة وعشرين؛ لأن الخمسين المأخوذة نصفها للخمسين المؤخرة، قال: ويختلف إذا حاصصت المرأة الغرماء، ونابها من المائة خمسون، ثم فارقها الزوج هل ينتقص الحصاص الأول أم لا؟ فمن قال: إن الصداق وجب بالعقد لم ينتزع شيئًا، ومن قال: إنما يجب النصْف، قال: عليها أن ترد نصف ما قبضته من المعجل، وهو خمسة وعشرون، ثم تضرب فيها هي والغرماء بما بقي لهم؛ لأنه قد تبين لهم أن دينها خمسون فقط، وإن كان جميع الصداق مؤجلاً كان للزوج أن يبني بها، ولم يكن لها أن تمنع نفسها كالمشهور فيما إذا حل ما على الزوج ، لأنها دخلت هنا على أن تسلم وتتبع ذمة أخرى.

فَإِنْ ضَمِنَ فِي مَرَضِه فَوَصِيَّةٌ لِوَارِث، فَيَنْظُرُ وَصِيُّهُ فِي بَقَائِهِ وَفَسْخِه، فَإِنْ صَحَّ لَزِمَهُ وَإِنْ ضَمِنَ لابْنَتِهِ فَوَصِيَّةٌ لأَجْنَبِيٍّ عَلَى الأَصَحِّ...

إذا كان الحامل مريضًا فلا يخلو إما أن يكون أبا الزوج ، أو أبا الزوجة، أو أجنبيا، فإن كان أبا الزوج فلا يجوز حمله باتفاق ، قاله في «البيان»[1] لأنه وارث ولا وصية لوارث، فإن مات الأب من مرضه نظر الابن إن كان كبيرًا، أو وليه إن كان صغيرًا، فإن رأى المصلحة له في النكاح أعطى النقد من ماله، وإلا فارق ولم يلزمه شيء، وإن صح

(١) «البيان والتحصيل» (٩/ ٢٢٧).

الأب ثبت الحمل عليه، ولو دخل بها الابن في مرض أبيه ردت ما أخذته من مال الأب إن أخذت شيئًا وتتبع به الزوج، قاله مالك.

محمد: فإن لم يبقَ بيدها من ذلك ربع دينار منع منها حتى يدفع ربع دينار.

الباجي: يريد لأنها لما سلمت نفسها فليس لها الامتناع إلا الحق الشرع.

ابن عبد السلام: وذكر بعضهم في هذا الأصل ـ أعني هل يحال بينهما أو لا ـ قولين، وهذا كله مبني على صحة النكاح.

وفي «المدونة»[1] في هذا النكاح قولان:

الأول: أن النكاح جائز.

والثاني: قال: لا يعجبني هذا النكاح.

وحمله الأشياخ على أنه يرى فساد النكاح إن وقع، وأنه من الخيار في النكاح، إلا أنه خيار أوجبه الحكم، واختار اللَّخْمي وغيره الأول، وعليه فرع ابن القاسم في «المدونة» بقوله: فإن صح الأب لزمه.

وأما إن كان الحامل أبا الزوجة ففي «الموازية»: النكاح صحيح غير مختلف فيه.

واختلف في الصداق، فلمالك روايتان:

الأولى: أنها وصية للأجنبي فيجوز من ثلثه، رواه مطرف وابن الماجشون، وبها قال ابن الماجشون وابن وهب وابن القاسم في رواية أبي زيد.

ابن الماجشون: وهذا إذا كان الذي سمى لها وحمله عن زوجها صداق مثلها فأقل.

قال في «البيان»[2]: وأما إن كان أكثر فالزائد على المثل وصية لها، لا تجوز باتفاق إلا إذا أجازه الورثة، فإن لم يجيزوا ذلك كان الزوج مخيرا بين أن يخرجه من ماله، أو يترك النكاح ولا يلزمه شيء، وهذه هي التي قال المصنف: إنها الأصح.

والرواية الثانية أن حمله ذلك لا يجوز، لأن ذلك راجع إلى ابنته رواها ابن القاسم، وبها قال أشْهَب وأصبغ.

---

(١) «المدونة» (٤ / ٢١٦).

(٢) «البيان والتحصيل» (٩/ ٢٢٧).

بعض الموثقين: وهو مذهب «المدونة»، وبه الحكم.

ومن هنا تعلم الحكم فيما إذا كان الزوج أجنبيا، أو قريبًا لا يرث، أو كان زوجُ البنت وارثًا كابن أخيه، وهو: أن يصح في الأجنبي وغير الوارث، وتكون الوصية من الثلث، ويبطل إذا كان زوج البنت وارثًا لأنه كالابن في المسألة السابقة.

فرع مرتب:

إذا قلنا بالرواية الأولى ففارق قبل البناء فقال مالك وابن الماجشون: لها النصف من ثلث أبيها ولا شيء للزوج من النصف الثاني.

ابن المواز: وهو الصواب، بعض الموثقين: وبه الحكم.

وقال ابن دينار: لا شيء لها من تركة الأب لأنه إنما أعطى على أن تدخل بزوجها، فلما طلقها حكمنا في ذلك بحكم الوصية للوارث، وناقض ابن المواز قول أشْهَب هنا بأنها وصية للبنت بقوله فيمن أقر في مرضه أنه قبض صداق بنته ولم يدخل بها زوجها، ثم مات الأب فإنه إن ترك مالاً أخذ من ماله.

محمد: فلو كانت الأولى عطية لكانت مسألة الإقرار مثلها؛ لأنه إنما يخرج من ماله في المسألتين معًا.

ابن عبد السلام: ويحتمل أن يفرق بينهما بأن مسألة الضمان بُني الأمر فيها على المعروف، وظاهر الأمر فيها أن الأب لو لم يضمن لما تزوج الزوج ابنته؛ فالمنفعة عائدة فيها للبنت بخلاف الأخرى.

وَلَوْ تَزَوَّجَ الصغيرُ بِنَفْسه وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَى الْجمَاعِ، فَفيهَا: إِنْ أَجَازَهُ الْوَلِيُّ مَضَى كَبَيْعه، وأَنْكَرَهُ سَحْنونٌ، وقَالَ: لَيْس كَالْبَيْعِ، فَإِنْ رَدَّهُ فَلا مَهرَ وَلا عِدَّةَ وَإِنْ وَطِئَ...

يعني: وإن عقد الصبي على نفسه بغير إذن وليه، وقوله: (**وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَى الْجمَاعِ**) كذا ذكره في «المدونة» في فرض المسألة ، ثم أجاب: بأنه يجوز إن أجازه الولي قياسًا على بيعه وشرائه، وأن للولي إمضاءه، ورأى سحنون أنه ليس كالبيع، وأنه لابد من فسخه؛ لأن الصبي لا منفعة له في النكاح في الحال بخلاف البيع.

وفيه نظر؛ لأن ابن القاسم لا يسلم عدم المنفعة بالنكاح في الحال، ألا ترى أن للأب والوصي أن يجبراه على النكاح، وكان المصنف نسبها «للمدونة»؛ لأنه لما ذكر قوله : (**وَهُوَ**

يَقْدِرُ عَلَى الْجِمَاعِ) في السؤال كان ظاهره اشتراك ذلك، ولا يظهر له كبير فائدة، والأظهر أنه ذكره تنبيهًا بالأشد، لأنه إذا لم يلزمه مهر مع كونه يقوى على الجماع فأحرى إذا لم يقو عليه.

قوله: **(فلا مَهْرَ)** لأنه سلطته وأولياؤها.

(ولا عِدَّةَ) لأن وطأه كالعدم.

ابن المواز: إذا لم يرد نكاح الصبي حتى كبر وخرج عن الولاية جاز النكاح.

ابن راشد: وينبغي أن ينتقل النظر في ذلك إليه فيمضي أو يرد.

وهذه المسألة يدخلها الخيار الحكمي، فانظر هل يجري فيها ما تقدم؟

وَلَوْ شَرَطَ عَلَيْهِ شُرُوطًا مِنْ طَلَاقٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ نَحْوِهِ، فَبَلَغَ فَكَرِهَهَا فَفِي خِيَارِهِ فِي الْفَسْخِ أَوْ لُزُومِهِ قَوْلَانِ، كَمَا لَوْ زَوَّجَهُ وَلِيُّهُ.

يعني: إذا تزوج الصغير لنفسه فشرط عليه ولي المرأة شروطًا من طلاق من يتزوجها، أو عتق من يتسرى بها أو نحو ذلك، فأجاز ذلك وليه على تلك الشروط ثم بلغ، فإن أقر الشروط فواضح، وإن كرهها فهل يلزمه أو لا قولان، والقولان أيضًا فيما إذا زوجه أبوه أو وصيه بتلك الشروط، وهو معنى قوله: **(كَمَا لَوْ زَوَّجَهُ وَلِيُّهُ)** والقول باللزوم لابن وهب في «العتبية»[1] ، وبعدمه لابن القاسم في «الموازية» ، وعلى عدم اللزوم فهل تسقط عنه مطلقًا؟ وهو قول ابن العطار، أو يخير في التزامها فيثبت النكاح - أو عدم التزامها فيفسخ النكاح؟ وهو قول ابن القاسم، وإذا انفسخ فهل بطلاق؟

الباجي[2]: وهو ظاهر قول ابن القاسم أو بغير طلاق؟ وهو ظاهر قول أصبغ، وعلى الطَّلاقِ فهل عليه نصف الصداق؟ وهو قول ابن القاسم في الكتاب، أو لا وهو قوله في المجالس؟

بعض الموثقين : وعلى الأول العمل، وقال بعضهم : العمل على الثاني.

ثم الفسخ بطلاق أو غيره إنما هو إذا تمسكت المرأة بشرطها، وأما إن رضيت بإسقاطه

---

(١) «البيان والتحصيل» (٥/ ٧).

(٢) «المنتقى» (٥/ ١٤٨).

فلا كلام لأبيها ولو كانت محجورا عليها، ورأى ابن العطار أن ذلك في الحجر للأب، واختار الأول ابن الفخار، واحتج بقول مالك في البكر يشترط لها زوجُها ألا يخرجها إلا برضاها، فرضيت بترك شرطها أن ذلك جائز ولو كره الأب ، ولو فارق قبل علمه بالشروط، فقال محمد: يلزمه نصف الصداق ، يريد لأنه لم يفارق لأجل الشروط.

وروي عن ابن القاسم : لا شيء عليه، وقد اختلف في هذا الأصل وهو: من طلق ثم علم بعيب هل يرجع بالصداق أم لا؟ وإذا اختلفا فقال الزوج للمرأة: عقدت بالشروط، وأنا صغير، وقالت الزوجة أو الولي: عقدت وأنت كبير، فقال ابن القاسم في «العتبية»[1]: على الزوج البينة، وإلا حلف الولي.

ووجهه: أن النكاح متفق على انعقاده، فمن ادعى ما يوجب حله فهو مدع، وهذا كله إذا لم يحصل الدخول، فإن دخل فإما أن يكون قبل البلوغ أو بعده، فإن دخل بعد بلوغه لزمته الشروط إن علم بها.

ابن القاسم: ولو ادعى أنه لم يعلم بها فالقول قوله مع يمينه، وقال ابن العطار: لا يقبل قوله في ذلك وتلزمه بدخوله.

وأما إن دخل قبل البلوغ، فذكر المتيطي وغيره أن الشروط تسقط عنه وإن علم بها؛ لأن المرأة مكنت من نفسها من لا تلزمه الشروط.

وقال ابن بشير: لو دخل الصبي وقد بلغ وهو عالم بالشروط، فهل تلزمه أو لا؟ قولان:

أحدهما: لا تلزمه، وهذا على القول بسقوط الشروط.

والثاني: تلزمه، وهذا على القول بأنه مخير.

فإذا دخل مع العلم فهو التزام لما شرط عليه، وإن دخل قبل العلم فثلاثة أقوال:

أحدها: تلزمه، وهذا بناء على أن الشرط لازم.

والثاني: لا تلزمه، وهذا بناء على سقوط الشرط.

والثالث: يخير الآن، وهذا بناء على التخيير.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٥/ ٧).

وَلَوْ تزَوَّجَ السَّفِيهُ فَلِلْوَلِيِّ فَسْخُهُ وَيَسقُطُ الصَّدَاقُ، فَإِنْ أَصَابَهَا فَثَلاثَةٌ: رُبُعُ دِينَارٍ وَاعْتِبَارُ حَالِهَا، والسُّقُوطُ...

يعني: بغير إذن وليه، فللولي فسخه وإمضاؤه، وفهم من كلام المصنف أن للولي إمضاءه من قوله: (**فَلِلْوَلِيِّ فَسْخُهُ**) لأنه إذا كان له فسخه فله إمضاؤه ؛ فإن قيل: فَلِمَ لَمْ يقل (للولي إمضاؤه) ؟ قيل: لأن ما ذكره من سقوط الصداق إنما ينبني على الفسخ ، وهو معنى قوله: (**فَيَسْقُطُ الصَّدَاقُ**) أي: بالفسخ قبل البناء.

واختلف إذا دخل بها وهو مراده بقوله: (**فَإِنْ أَصَابَهَا**) على ثلاثة أقوال، والقول بربع دينار لمالك وأكثر أصحابه، وبه أخذ ابن القاسم.

ابن يونس وغيره: وهو الجاري على مذهب «المدونة»، كالعبد يتزوج ويبني بغير إذن سيده، والقول بالسقوط لابن الماجشون.

ابن حبيب: وهو القياس، وقول مالك استحسان والقول باعتبار حالها وقع في المذهب عبارات، ذهب ابن بشير والمؤلف إلى أنها راجعة إليه ، وذهب الباجي[١] واللخمي وابن يونس وغيرهم إلى حملها على الخلاف.

قال مالك: يترك لها مثل ما يستحل به مثلها، ولم يحده ، وقال مالك أيضًا وابن القاسم في الدنية: يترك لها ربع دينار ولذات القدر أكثر من ذلك.

وقال ابن القاسم في [الدنية][٢] : يترك لها من المائة ثلاثة دنانير أو أربعة ، وقال ابن نافع: عشرة وقيل: تعاض بما هو دون صداقها، ولا يبلغ صداقها تاما.

ابن المواز والقاضي إسماعيل : فإن لم يعلم الولي بنكاحه حتى خرج من الولاية فإنه يثبت النكاح وقال بعض القرويين : ينتقل إليه ما كان بيد الوصي من النظر فيمضيه إن رآه صوابًا .

وَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ حَتَّى مَاتَتْ فَإِنْ أَجَازَهُ ثَبَتَ الْمِيرَاثُ والصَّدَاقُ وَإِلا فَلا، وعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ: يَتَوَارَثَانِ وَيَثْبُتُ الصَّدَاقُ لِفَوَاتِ النَّظَرِ، وعنه خلافه.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٤٨).

(٢) في ط : المدنية، والمثبت هو الصواب.

الضمير في (مَاتَتْ) عائد على الزوجة ؛ أي إذا لم يعلم الولي بنكاح السفيه حتى ماتت الزوجة فإن وليه ينظر في ذلك، فإن رأى الأصلح له إجازة النكاح، بإن كان ميراثه أكثر من الصداق أجازه ودفع الصداق وأخذ الميراث، وهذا لابن القاسم،ونصه في «العتبية»[١] أصبغ: سئل ابن القاسم عن السفيه ينكح بغير إذن وليه ثم ماتا أيتوارثَان فقال: إن مات هو فلا ترثه، وإن ماتت هي فالنظر إلى وليه، إن رأى أن يثبت النكاح ويأخذ له الميراث أخذه، وإن رأى أن يرده رده، وقاله سحنون، وذكره الباجي[٢] عن ابن القاسم في «الموازية»، وعن ابن الماجشون ومطرف وابن حبيب ، وابن يونس.

وذكر أصبغ عن ابن القاسم أنهما يتوارثان ، ويمضي الصداق؛ لأن النظر للسفيه قد فات بالموت، وذكر ابن المواز عنه خلاف هذا.

وهو معنى قوله: (**وعنه خلافه**) يعني : كالقول الأول من كلام المصنف.

وبهذا تعلم بأن قول ابن عبد السلام: الضمير في (**عنه**) على أصبغ؛ ليس بظاهر؛ لأن أصبغ لم يتقدم له ذكر.

قوله: (**يَتَوَرَاثَانِ**) أي: سواء ماتت الزوجة أو الزوج؛ لأن الموارثة إنما تتم من الجانبين ويقع في بعض النسخ (مات) على التذكير ، فيحتمل أن يعود على الزوج ، ويحتمل أن يعود على أحد الزوجين، وعوده على الزوج ليس بجيد لأنه إذا مات كان النظر في حقه عدم إجازة نكاحه، لأن إجازته توجب في ماله الصداق والميراث من غير فائدة له ولا لورثته.

ابن عبد السلام: وأيضًا فالمشهور: لا شيء لها، وأشار بالمشهور إلى قول ابن القاسم في «العتبية» [٣] الذي قدمناه ومقابل المشهور هو القول بتوارثهما وعوده على أحدهما يلزم منه ما لزم في الأول، وعلى هذا يكون فيما إذا مات أو ماتت ، قولان، أما إذا ماتت فكما قال ابن عبد السلام: إن المشهور لا شيء لها، وأما إذا ماتت، فقيل: ينظر وليه ، وقيل: يرثها، الباجي[٤] : وقيل: معنى قوله: (**لِفَوَاتِ النَّظَرِ**) أن النظر في ماله إنما هو لحقه

---

(١) «البيان والتحصيل» (٥/ ٨٨).
(٢) «المنتقى» (٥/ ١٤٩).
(٣) «البيان والتحصيل» (٥/ ٨٨).
(٤) «المنتقى» (٥/ ١٤٩).

وذلك يختص بحال حياته، ولذلك جازت وصيته ولم تجز هبته.

وروى ابن المواز عن أصبغ : ترثه، وينظر الولي فإن رآه مما كان صلاحًا يجيزه فلها الصداق وإلا فلها الميراث دون الصداق، وإن بنى بها فلها ربع دينار، فرأى أصبغ أن النظر إنما يتعلق بالصداق خاصة، وأما الميراث فحكم من أحكام النكاح، والنكاح قد تم بينهما بالموت، وفات النظر فيه.

وحصل في «البيان»(١) في هذه المسألة ثمانية أقوال:

الأول: ما ذكره أولاً عن «العتبية».

والثاني: أنهما يتوارثان ويمضي الصداق على القول بأن النكاح محمول على الإجازة حتى يرد، وأن النظر في النكاح يرتفع بموت من مات منهما حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم.

والثالث: أنهما لا يتوارثان ويبطل الصداق إلا أن يكون أصابها فيكون لها منه قدر ما يستحل به الفرج ، على القول بأن النكاح محمول على الرد حتى يجاز، وأن النظر فيه يرتفع بموت من مات منهما.

والرابع: الميراث بينهما ثابت مراعاة للخلاف ، ويبطل الصداق إلا أن يكون قد دخل بها فيكون لها منه قدر ما يستحل به الفرج على القول بأن النكاح محمول على الرد حتى يجاز، وأن النظر فيه يرتفع بموت من مات منهما، وهو قول ابن القاسم.

والخامس: أن الميراث بينهما مراعاة للخلاف وينظر في النكاح فإن كان نكاح غبطة مما لو نظر فيه الولي يوم وقع أجازه كان لها الصداق، ثم إن كان غير ذلك بطل الصداق إلا أن يكون دخل بها فيكون لها قدر ما يستحل به الفرج، وهو قول أصبغ في الخمسة.

والسادس: أن الميراث بينهما مراعاة للخلاف، ويبطل الصداق إن كان الزوج هو الميت، وينظر في النكاح إن كانت الزوجة هي الميتة، فإن كان غبطة كان لها الصداق، وإن لم يكن نكاح غبطة بطل الصداق إلا أن يكون الزوج قد دخل بها، فيكون لها قدر ما يستحل به الفرج.

وهذا القول يتخرج على القول بأن النكاح على الرد حتى يجاز ، وأن النظر في

---

(١) «البيان والتحصيل» (٥/ ٨٩).

النكاح يرتفع بموت الزوج لا بموت الزوجة.

والسابع: أن الميراث بينهما ثابت مراعاة للخلاف ويثبت الصداق إن كان الزوج هو الميت، وينظر في النكاح إن كانت الزوجة هي الميتة على ما ذكرنا في القول الذي قبل هذا، وهذا يتخرج على القول بأنه على الجواز حتى يرد، وأن النظر في النكاح يرتفع بموت الزوج لا بموت الزوجة.

والثامن: أنه ينظر في النكاح ، فإن كان نكاح غبطة مما لو نظر فيه الولي أجازه كان الميراث بينهما، ووجب لها الصداق ، وإن كان على غير ذلك لم يكن بينهما ميراث ولا صداق إلا أن يكون دخل بها فيكون لها قدر ما يستحل به الفرج.

فَلَوْ تَزَوَّجَ الْعَبْدُ وَالْمُكَاتَبُ وَشِبْهُهُمَا بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ فَلَهُ وَلِوَرَثَتِهِ فَسْخُهُ بِطَلْقَةٍ بَائِنَةٍ، وَقِيلَ: وبِالْبَتَاتِ طَلْقَتَيْنِ...

فهم من قوله (**فَلَهُ ... فَسْخُهُ**) أن له إمضاءه وهو المشهور، وقال أبو الفرج: القياس الفسخ؛ لأنه نكاح فيه خيار، وهما على الخلاف في الخيار الحكمي هل هو كالشرطي أم لا؟

الباجي: وقول أبي الفرج عندي هو الصحيح ، وانظر هل يتخرج هذا القول في السفيه؟ وعلى المشهور فالفسخ بطلاق لصحته، وعلى قول أبي الفرج بغير طلاق، قاله اللَّخمِي، وشبه العبد والمكاتب والمدبر والمعتق بعضه، والمعتق إلى أجل.

اللخمي: وعلى الطَّلاق، فحمله عند مالك إن لم ينو عددًا على واحدة، واختلف قوله: إذا طلقها طلقتين، فقال مرة: ذلك له، وقال مرة: لا يلزمه إلا واحدة؟ لأن الواحدة تُبينها وتفرغ له عبده، وهو أحسن؛ لأن الواحدة تزيل ضرر السيد واستحسن أن تكون له الرجعة إن عتق في العدة، انتهى.

وذكر ابن يونس أن أكثر الرواة رووا لزوم واحدة فقط، قال غيره: وهو اختيار الجمهور؛ ولهذا قدمه المصنف ، ودلت الواو من قوله: (**وقِيلَ: وَبِالْبَتَاتِ**) على أن هذا القائل لا يحصره في الاثنتين ، وهو كذلك.

وَإِنْ أجازَهُ بَعْدَ أَنِ امتَنَعَ وَلَمْ يُرِدِ الْفَسْخَ جَازَ إِنْ كَانَا قريبًا.

نحوه في «المدونة»، ففيها[١]: وإن كلم السيد في إجازته فامتنع أن يجيب ثم أجاز فإن أراد بأول قوله فسخًا تم الفسخ، وإن أراد أنه لم يرض ثم أجاز فذلك جائز إن كان قريبًا.

وهذا الكلام وإن ذكر في «المدونة» في العبد فالمكاتب ونحوه كذلك وأسقط المصنف قوله: كلم في إجازته؛ لأنه وصف طردي، واشترط القرب؛ لأن عدم الرضا واستدامة ذلك حتى يطول قرينة في الفسخ.

ابن القاسم: ويصدق بأنه لم يرد الطَّلاق في المجلس، ما لم يتهم، قال بعضهم: يريد ما لم يطل.

ابن المواز: وإن شك السيد على أي وجه خرج منه فهو فراق واقع، زاد ابن محرز بعد قوله: فراق بالبتات وهو احتياط، كمن تيقن بالطلاق وشك في العدد.

ابن المواز: وإن قال: لا أجيزه اليوم أو لا أجيزه حتى أنظر، فهو غير عازم على الطلاق، وأما إذا قال: لا أجيزه، فذكر مثل قول ابن القاسم ، وزاد: إلا أن يفترقوا على قوله: لا أجيزه؛ فيكون فراقًا ما لم يبين فيقول: اليوم أو حتى أنظر؛ فيكون ذلك وإن افترقوا ، إلا أن يستمتع العبد بزوجته بعد علم السيد بنكاحه، وكان السيد يقدر على منعه فلا يكون له الفسخ بعد ذلك؛ لأنه قد تمتع بإذن سيده أو ما يقوم مقامه إذنه من التمكين.

وخالف المغيرة ابن القاسم، فجعل امتناع السيد فسخًا، ورأى ابن القاسم أن الامتناع من الإجازة أعم من إرادة الفسخ إلا بعد الطول.

فَإِنْ بَنَى بِهَا تَرَكَ لَهَا رُبُعَ دِينَارٍ.

أي: فإن دخل العبد والمكاتب ثم علم السيد ففسخه فلها ربع دينار، وهذا مذهب «المدونة» .

وقال ابن الماجشون: لا يترك لها شيئًا ، وقد تقدم نكاح السفيه بغير إذن وليه، ابن عبد السلام: والفقه فيهما قريب.

وَتَتبعهُ بِالْبَاقِي إِنْ أُعْتِقَ إِلا أنْ يُسْقِطَهُ السَّيِّدُ أَوِ السُّلْطَانُ قَبْلَ عِتْقِهِ.

أي: وتتبع الزوجة العبد بما بقي لها من الصداق إذا عتق.

---

(١) «تهذيب المدونة» (١/ ٣٠٧).

قال في «المدونة»[١] : وكذلك إذا أدى المكاتب ، وهذا بخلاف السفيه فإنه لا يتبع بالباقي إذا فك الحجر عنه.

قال في الجلاب[٢] : لأن العبد إنما حجر عليه من أجل سيده، فإذا أعتقه سيده سقط حقه وزال حجره، والسفيه حجر عليه من أجل نفسه، فإذا فك حجره لم يتبع بشيء مما استدانه في حال حجره؛ لأنه لو ثبت ذلك عليه لم ينفع الحجر شيئًا.

واختلف الشيوخ هنا هل يتبع العبد والمكاتب بعد العتق سواء غرًّا أو لا؟ وقال أبو عمران: إنما يتبعان إذا غرَّاها، وأما إن أخبرها كل واحد بحاله فقال لها العبد: أنا عبد ، وقال لها المكاتب: أنا مكاتب؛ فلا يتبعان، وعليه اقتصر المتيطي ، وعليه اختصر «المدونة» ابن أبي زمنين وابن أبي زيد [والبراذعي][٣] .

وقال أبو بكر ابن عبد الرحمن، وصاحب «النكت»[٤] وغيرهما: يتبع العبد مطلقًا سواء غر أو لم يغر، إلا أن يسقط ذلك السيد من ذمته، وأما المكاتب فإن لم يغرها اتبع إلا أن يسقط ذلك السيد من ذمته؛ وإن غرها فيوقف الأمر، فإن عجز كان كالعبد له أن يسقطه عنه، وإن أدى فهو عليه وليس للسيد أن يسقطه.

وقال ابن الكاتب: إن لم يغر يحتمل ألا يسقط عنه إلا بإسقاط السيد، وأما إن غر فلا يختلف أن ذلك عليه ولا يسقط.

وقوله: **(إلا أنْ يُسقطَهُ السيِّدُ)** إنما كان للسيد الإسقاط؛ لأن بقاء الدين في ذمة العبد عيب، فكان للسيد إسقاطه.

ابن عبد السلام: وذكر بعضهم أنه إذا غرها العبد، هل يصح إسقاط السيد أم لا؟

قوله: **(أوِ السُّلطانُ)** نحوه في «المدونة»، ولعل معناه أن السيد طلب من السلطان أن يسقطه عن العبد.

وفهم أبو الحسن «المدونة» على أن معناها: في الغائب؛ لأن السلطان يذب عن مال

---

(١) «تهذيب المدونة» (٢/ ٢٣).

(٢) «التفريع» (٢/ ٣٦).

(٣) في ط: البرادعي بالدال المهملة، والمثبت هو الصواب.

(٤) «النكت والفروق» (١/ ٢٢٤).

الغائب.

فَلَوْ عُتِقَ أَوْ بَاعَهُ قَبْلَ عِلْمِهِ مَضَى ، فَإِنْ رَدَّهُ بِهِ فَلَهُ الْفَسْخُ.

يعني: فإن أعتق السيد عبده المتزوج بغير إذنه قبل علمه بالتزويج مضى النكاح، ولأن حق السيد قد زال.

وأما إذا باعه فقال المصنف (**مَضَى**) أي: لا فسخ له حينئذ؛ لأنه قد صار في ملك غيره، ويقال للمشتري: إن كنت علمت بالتزويج فهو عيب دخلت عليه، وإلا فلك الرد فإن تمسك فواضح ، وإن رد كان للبائع الفسخ، وهو معنى قوله: (**فَإِنْ رَدَّهُ بِهِ فَلَهُ الْفَسْخُ**) أي: فإن رد العبد بعيب التزويج فللبائع الفسخ، وفي بعض النسخ: فإن رده فله الفسخ؛ أي: فإن رد المشتري العبد بسبب عيب التزويج فللبائع فسخ النكاح ، فالضمير في (**فَلَهُ**) عائد على البائع، والهاء في(**رَدَّهُ**) عائد على العبد، وضمير الفاعل المستتر في (**رَدَّه**) عائد على المشتري.

وفي بعض النسخ: (**فسخه**)؛ أي: فسخ النكاح، وفي كلام ابن عبد السلام نظر.

وخرج ابن محرز قولاً بعدم بطلان حق البائع من الفسخ إذا باعه قبل علمه بالنكاح على القول بأن من باع شقصًا وجبت له به الشفعة قبل علمه ببيع الشريك أن حقه في الشفعة باقٍ.

ورده ابن بشير بأن الشفعة حق مختلف في سببه، فهل هو رفع الضرر عن الشريك؟ أو هو محض تعبد؟ فلعل القائل لم يتحد لاحتمال أن يكون القائل ببقاء حق الشريك في الشفعة بعد بيعه يرى ذلك تعبدًا، ومسألة العبد معللة بالضرر، فلا يمكن قياسها على التعبد.

ورده ابن عبد السلام بأن القائلين بعدم سقوط الأخذ بالشفعة إذا باع نصيبه اختلفوا هل يشترط عدم علمه ببيع شريكه إلى حين بيعه هو نصيبه أو لا يشترط ذلك؟ قال: فمن يشترط عدم العلم فهو كالنص منه على تعليل الشفعة بالضرر، ويلزم منه صحة التخريج المذكور.

وقوله: (**قَبْلَ عِلْمِه**) مفهومه أنه لو باعه بعد علمه لكان دليلاً على الرضا، فليس له الفسخ إذا رد عليه، وهكذا قال القرويون.

وذكر بعض الأندلسيين قولاً أن ذلك لا يسقط حق البائع في النكاح، ولا إشكال أن المشتري لا حق له في فسخ النكاح ، نص عليه ابن الجلاب[1] وغيره.

وقال بعضهم: يدخل في ذلك الخلاف من الخلاف فيمن أحدث عليه في ملكه ضرر فباعه بعد علمه بالضرر، هل يكون للمشتري قيامًا على محدثه؟ فقيل: ينتقل للمشتري ما كان للبائع، وقيل: لا ينتقل؛ لأن بيعه بعد علمه رضا.

وقيل: إن كان بيعه بعد أن خاصم فإن للمشتري القيام؛ لأن خصومته تدل على عدم رضاه به، وإن لم يخاصم فلا قيام للمشتري ، ولو رضي المشتري بعيب النكاح، ثم اطَّلع على عيب قديم فله أن يرد بما اطلع عليه، وهل يرد أرش عيب النكاح لأنه بإقراره يثبت فيصير كأنه فعله؟ أو ليس عليه ذلك؟ وليس الإقرار كالابتداء، حكى ابن بشير عن المتأخرين في ذلك قولين.

وخرجها أبو بكر بن عبد الرحمن على الخلاف في الرد بالعيب هل هو فسخ له من أصله أم لا؟ وكذلك اختلف المتأخرون لو لم يعلم المشتري حتى أعتق هل له قيمة العيب على البائع كسائر العيوب إذا اطلع عليها بعد العتق؟ أو لا يرجع بشيء إذا فوت على السيد الأول رد النكاح؟

وَلِلْعَبْدِ الْمَأْذُونِ وَالْمُكَاتَبِ التَّسَرِّي فِي مَالِهِمَا بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ.

أي: المأذون له في التجارة، وقوله: (**فِي مَالِهِمَا**) احتراز من مال السيد، فإنه لا يتسرى فيه لأنه حينئذ كالوكيل، قاله مالك في «المختصر».

وما حكاه المصنف أن للعبد المأوذن التسري، وإن لم يأذن له سيده هو المشهور، وحكى أبو الحسن قولاً بأنه ليس له ذلك إلا بإذن السيد.

وَالْمَهْرُ والنَّفَقَةُ عَلَى الْعَبْدِ فِي مَالِهِ مِمَّا لَيْسَ بِخَرَاجِهِ وَلَا كَسْبِهِ ، ولا يَكُونُ السَّيِّدُ ضَامِنًا لِلْمَهْرِ بِمُجَرَّدِ الإِذْنِ...

يعني: ونفقة الزوجة ومهرها يحسبان على العبد مما يوهب له أو يوصي له به لا من خراجه ولا مما أبقاه سيده بيده، قاله علماؤنا،وهذا ما لم تجر عادة بخلافه، فإن جرت عادة

---

(١) «التفريع» (٢/ ٣٦).

بالنفقة من الخراج أنفق عليها منه، فقوله: **(عَلَى الْعَبْد)** يتعلق بمحذوف كما قدرنا؛ لأنه خبر، والخبر يجب تعلقه بمحذوف، قال في «المدونة»[١] : ونفقة زوجة العبد في ماله إن كان له مال ولا نفقة لها من كسبه وعمله، وذلك إلى سيده، فإن لم يجد غيره فرق بينهما، إلا أن يتطوع السيد بالنفقة، ولا يباع العبد في نفقة زوجته، ولا فرق بين عبد الخراج وغيره، ولو فضل بعد الخراج شيء؛ لأن الفاضل مال لسيده، إلا أن يأذن في ذلك السيد أو تكون العادة النفقة منه.

وقال محمد: إن عجز عن النفقة ، وعليه خراج لسيده فلا شيء لها حتى يبدأ بخراج سيده، فجعل الإنفاق من فاضل الخراج، فيحتمل أن يكون ذلك خلافًا ويحتمل أن يكون ذلك عادتهم، قاله اللَّخْمِي وغيره.

وقوله: **(ولا يَكُونُ السَّيِّدُ ضَامِنًا... إلخ)** أي: في التزويج؛ لأن العبد هو المتولي للشراء فيكون الثمن عليه.

اللخمي: والمدبر والمعتق إلى أجل كالعبد، والمكاتب كالحر؛ لأنه بان عن سيده بماله، فإن عجز طلق عليه، والمعتق بعضه في اليوم الذي يخصه كالحر، وفي اليوم الذي يخص سيده بمنزلة العبد.

وَمَنْ زَوَّجَ ابْنَهُ الْبَالِغ أَوْ أَجْنَبِيا حَاضِراً أَوْ غَائِبًا ، فَقَالَ: مَا أَمَرْتُهُ حَلَفَ، وسَقَطَ الصَّدَاقُ عَنْهُمَا، فَإِنْ نَكَلَ فَقِيلَ: يَلْزَمُهُ النِّكَاحُ، وقِيلَ: لا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ ، وقِيلَ: تُطَلَّقُ عَلَيْهِ ويَلْزَمُهُ نِصْفُ الصَّدَاقِ...

يعني: أن الأب إذا زوج ابنه المالك لأمره، أو أجنبيا سواءً كانا حاضرين أو غائبين، ثم أنكرا بعد علمهما، وقالا: ما أمرناه ولا نرضى الآن بالتزويج ، فقال المصنف: **(حَلَفَ)** أي: الابن أو الأجنبي ما أمرناه، **(وسَقَطَ الصَّدَاقُ عَنْهُمَا)** أي: عن الأب والأجنبي، وكذلك نص في «المدونة» على اليمين في حق الحاضر.

وحملها ابن يونس[٢] على إطلاقها ، وأنه إن نكل الحاضر يلزمه النكاح، فإن شاء طلق وأدى الصداق، وإن شاء ثبت عليه، واستدل على ذلك بما وقع لابن القاسم في

---

(١) «المدونة» (٤/ ٢٥٦).
(٢) «الجامع» (٤ / ١٩٢).

«العتبية»[1] : إذا زوج الولي وليته فأنكرت المرأة أن تكون رضيت، فقال: إن كان الإشهاد في المسجد حيث يرى أنها لم تعلم فلا يمين عليها، وإن كان الإشهاد ظاهرًا أو إطعام الوليمة في دارها، وحيث يرى أنها عالمة فأرى أن تحلف بالله ما وكلته ولا فوضت إليه ذلك، ولا ظننت أن ذلك اللعب وذلك الإطعام الذي صنع إلا لغيري، ثم لا شيء عليها، فإن نكلت عن اليمين لزمها النكاح.

ابن يونس: وكذلك مسألة الابن.

وقيدها صاحب «النكت»[2] واللخمي بما إذا سكت بعد عقد النكاح، قال: ولو قال عقد النكاح: لم أرض، لم تكن عليه يمين، قالا: ولو طال سكوته بعد عقد النكاح.

زاد اللخمي: وقبل التهنئة على جري العادة لزمه النكاح.

اللخمي: ويغرم نصف الصداق ولا يمكن منها لإقراره أنها غير زوجته.

صاحب «النكت»: وعرضته على بعض شيوخنا فصوبه.

خليل: وينبغي على هذا أن الغائب إن أنكر بمجرد حضوره أن تسقط عنه اليمين، وإن علم وطال لا يقبل منه الإنكار ، والله أعلم؛ لأنه بعد حضوره كالحاضر.

وأنكر سحنون تعلق اليمين بالزوج، ورآها ساقطة عنه، وقوله: (**فَإِنْ نَكَلَ فَقِيلَ: يَلْزَمُهُ النِّكَاحُ**) هو كما قال ابن يونس، وحكاه صاحب «اللباب» عن ابن القاسم، وقيل: لا يلزمه شيء، وهو قول أبي محمد، وعليه فاليمين إنما هي استظهار ، لعله أن يقر، وصوبه أبو عمران؛ لأنه أقر أنه ليس بعقد، وقيل: تطلق عليه ويلزمه الصداق.

ابن راشد: وجعل هذا القائل نكوله طلاقًا، وهذا القول حكاه ابن سعدون عن بعض شيوخه، وحكى في «المتيطية» عن ابن القاسم: أنه إنما تلزمه اليمين إذا ادعى أبو الصبية أن مخبرًا أخبره أن الابن أمر أباه أن يزوجه، فإذا حلف برئ، وإذا نكل حلف الأب ولزمه النكاح.

ابن عبد السلام: وقيل: إن لم يكن إلا مجرد الدعوى لم تتوجه اليمين، فإن كان ثم سبب تقوى معه الدعوى توجهت .

---

(١) «البيان والتحصيل» (٥/ ٩٠).

(٢) النكت والفروق» (١/ ٢٢٦).

تنبيه:

قولنا في فرض المسألة : (ابنه المالك لأمره) هكذا فرض في «المدونة» المسألة، وأقاموا منه أنه لو كان سفيهًا لزمه النكاح ، فيؤخذ منه جبر السفيه على النكاح، واعلم أنه زاد في «المدونة»[١] بعد قول الزوج : ما أمرته ولا أرضى، ثم قال: صدق مع يمينه.

وظاهره: أنه يحلف على نفي الأمر والرضا والحلف على نفي الأمر يمين تحقيق، وعلى نفي الرضا يمين تهمة، ولا شك أن الابن إذا رضي يدخله الخلاف الذي في النكاح الموقوف، وينبغي أن تقيد المسألة بما إذا لم يقل الأب أن الابن وكلني أن أعقد، والابن حاضر في المجلس ، وإلا فإن قال ذلك، وأنكر الابن فإنكاره كالعزل عن الوكالة.

بعض الشيوخ: ويحتمل أن يقال: تلزمه اليمين على الوكالة، وأما إذا افترقا والحالة هذه لزمه النكاح، وهو ظاهر.

وَالْكَفَاءَةُ حَقٌّ لها وَلِلأَوْلِيَاءِ، فَإِذَا تَرَكُوهَا جَازَ إلا الإِسْلامَ.

يعني: أن الكفاءة مركبة من قيود كما سيأتي، منها ما هو حق لله فلا يجوز تركه، ومنها ما هو حق للمرأة ولأوليائها، فإذا تركوها جاز.

فقوله: (**إلا الإِسْلامَ**) مستثنى من قوله: (**حَقٌّ لها وَلِلأَوْلِيَاءِ**).

ابن هارون: إلا الإسلام، فإنه ليس حقا لهم بل لله عز وجل.

ويمكن أن يكون قوله: (**إلا الإِسْلامَ**) مستثنى من قوله: (**فَإِذَا تَرَكُوهَا جَازَ إلا الإِسْلامَ**) ويؤخذ من لازم كلامه أن الإسلام حق لله؛ لأنه لو كان حقا لهم لجاز تركه مع الرضا، لأنه من له حق فله إسقاطه، والتقدير الأول أولى، ولو رضيت المرأة بغير كفء وليس لها ولي، فقال ابن راشد : الذي عليه عمل القضاة أنهم لا يزوجونها حتى تثبت الكفاءة، وإن كانت ثيبًا فلا يطلبها الحاكم بإثباتها، وقيل: لابد من الإثبات، وبه أخذ الباجي[٢] .

ابن أبي زمنين: وشاهدت بعض أشياخنا يذاكره بذلك ويحتج عليه بأنها مالكة لأمرها ناظرة في مصالحها، فقال: وإن كانت كذلك فلا يلزمني أن أعينها على ذلك.

---

(١) «المدونة» (٤/ ١٧٤).

(٢) «المنتقى» (٥/ ١٥٠).

وَالنَّظَرُ في الدِّينِ ، والْحُرِيَّةِ، والنَّسَبِ،والْقَدْرِ،والْحَالِ، والْمَالِ ، واخْتُلِفَ فِي الْجَمِيعِ إلا الإِسْلامَ ، فَيُفْسَخُ نِكَاحُ الْكَافِرِ الْمُسْلِمَةَ وإِنْ أَسْلَمَ بَعْدهُ ، ويُؤَدَّبُ إِلا أنْ يُعْذَرَ بجَهْلٍ ...

يعني : أن الكفاءة مركبة من قيود :

أولها : الدين ، والمراد به الإسلام مع السلامة من الفسق ، ولا تشترط المساواة لها في الصلاح .

ثانيها : الحرية .

ثالثها : النسب ، ويعبر عنه بالحسب، ومعناه : ألا يكون الزوج مولى .

ورابعها : القدر .

ابن راشد : والمراد به: المنصب والجاه .

خامسها : الحال .

ابن راشد : والمراد به: أن يساويها في الصحة أي مساويها سالماً من العيوب الفاحشة .

خليل : وهـذا هو الذي يؤخذ من كلام ابن بشير وابن شاس وغيرهما من الأصحاب.

ابن عبد السلام : والأولى تفسير الحال هنا بالجاه ، ويحتمل أن يفسر بما يرجع إلى حسن العشرة وطيب الخلق .

ويلزم ابن عبد السلام التداخل ، لأنه على ما ذكر أنه الأولى في تفسير الحال يصير الحال والقدر واحداً أيضاً إذا فسره بما ذكره يلزم أن يكون اختلف في الجاه وحسن العشرة لما قاله المصنف : (**واخْتُلِفَ فِي الْجَمِيعِ إلا الإِسْلامَ**) ولم أر قولاً باشتراط ذلك .

سادسها : المال .

وقوله :(**واخْتُلِفَ فِي الْجَمِيعِ إلا الإِسْلامَ**) اعلم أنه : إن ساواها الرجل في الستة فلا خلاف في كفاءته وإن فقد بعضها ، فقال المصنف : (**واخْتُلِفَ فِي الْجَمِيعِ**) قيل : والكفاءة المعتبرة عند ابن القاسم الحال والمال .

وفي «الوثائق المجموعة»:الكفاءة عند مالك في الحال والدين ،وعند غيره الحال والمال .

المتيطي : ويجوز الاتفاق على تركها .

وحكى الإسفراييني عن ابن الماجشون أنها شرط في صحة النكاح ، فلا يجوز تركها،ونحوه في «الإشراف»[١] وهو اختيار ابن القاسم وبه القضاء .

وانظر قوله : **(واخْتُلِفَ فِي الْجَمِيع)** مع ما حكاه ابن بشير من الاتفاق على عدم كفاءة الفاسق ، وقد ذكره المصنف بعد ، إلا أن يريد بالخلاف مقابل المنصوص .

وأما الحرية فلم يسمع ابن القاسم من مالك فيها شيئاً ، وقال غير واحد : وظاهر ما قاله في «المدونة»[٢]: أن العبد كفء ، وحكاه القاضي أبو محمد[٣] عن ابن القاسم نصا ، وقال المغيرة وسحنون : ليس العبد كفئا للحرة ، ويفسخ النكاح .

عبد الوهاب[٤] وغيره : وقول المغيرة هو الصحيح .

ولا إشكال أن قول المغيرة خلاف لابن القاسم إن ثبت النص عن ابن القاسم ، وإن كان القاضي إنما اعتمد في حكايته على ظاهر « المدونة » ؛ لأنه لما سئل ابن القاسم عن نكاح العبد العربيةَ فقال : قال مالك : أهل الإسلام بعضهم لبعض أكفاء ، لقوله تعالى : ﴿ **إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ** ﴾ [الحجرات :١٣] فيكون أيضاً قول المغيرة خلافاً ، وإليه ذهب اللخمي وغيره .

وقال ابن سعدون وغيره من القرويين : ليس قول المغيرة خلافاً لابن القاسم، لقوله بعد هذا : إذا رضي الولي بعبد فليس للولي أن يمنع منه بعد ذلك ، إلا أن يأتي منه حدث من فسق أو لصوصية .

فقوله :**(إذا رضي)** يدل على أن للولي في ذلك حقا ، وأما النسب فالمعروف أن المولى كُفءٌ للحرَّة .

المازري : والمشهور أن الحسب غير معتبر عندنا لحديث فاطمة بنت قيس في تزويجها أسامة ، وأما القدر فلم أر قولاً باشتراطه ، كما أشار إليه المصنف ؛ نعم فهم ابن رشد الاتفاق عليه من قول المصنف بعد هذا .

---

(١) « الإشراف » (٣٠٦/٣) .

(٢) « المدونة » (١٥٤/٤) .

(٣) » النوادر والزيادات » (٣٨٧/٤) .

(٤) « المعونة » (٥١٧/١) .

وعن ابن القاسم فيمن دعت إلى كفء في القدر والحال والمال: زوجها السلطان، وفيه نظر .

وأما الحال فقد تقدم تفسيره بالصحة ، فلم أر الخلاف فيه إلا في البكر ذات الأب ، وقد تقدم عند الكلام على جبر الأب البكر . .

وأما المال ففي « المدونة »[1] : أن امرأة مطلقة أتت إلى مالك ، قالت له : إن لي ابنة في حجري موسرة مرغوب فيها ، فأراد أبوها أن يزوجها من ابن أخ له فقير لا مال له ، أترى لي في ذلك كلاماً ؟ قال : نعم ، إني لأرى لك في ذلك متكلماً ، على الإثبات .

وفي بعض الروايات : لا أرى لك ؛ على النفي .

قال بعض الشيوخ : الأولى أصح ؛ لأنه قال أولاً: نعم ، ولو كان الثاني نفياً تناقضا لاسيما وقد وقع في كثير من النسخ : إني أرى لك ، وكذلك اختصرها بعضهم .

ابن القاسم : وأنا أراه ماضياً إلا أن يأتي من ذلك ضرر فيمتنع .

واختلف هل قول ابن القاسم خلاف ؟ وإليه ذهب سحنون ، لقوله : وبقول ابن القاسم أقول ، ولا أرى الفقر ضرراً .

ابن محرز : وذهب بعض المذاكرين إلى أنه لا يعده خلافاً ؛ لأن ابن القاسم تكلم على فقير صالح لا يخشى على المرأة منه أن يفسد متاعها ،ويتلفه ، ومالك تكلم على من يخشى منه ذلك وذكر صاحب « النكت »[2] عن غير واحد من القرويين ، وكذلك قال أبو عمران: إنه ليس هو خلافاً لأن ابن القاسم إنما تكلم بعد الوقوع ، ومالك تكلم قبل الوقوع ، وقال : لها متكلم ، ولم يقل أن النكاح مفسوخ .

ومعنى المتكلم الذي لها أن تنظر في ما أراده الأب ، هل هو صواب أم لا ؟

قوله : (**إلا الإسْلامَ**) لأن الإجماع متفق على تحريم إنكاح الكافر المسلمة .

قوله : (**ويُؤَدَّبُ إلا أنْ يُعْذَرَ بجَهْلٍ**) **ابن عبد السلام** : ظاهره : ولو أسلم إذا لم يعذر بجهل بسبب جرأته وإقدامه على هتك حرمة الإسلام ، لكن ظاهر قوله تعالى : ﴿**قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوا إِن يَنتَهُوا يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ**﴾ [الأنفال :٣٨] خلافه .

---

(١) « المدونة » (٤/ ١٥٥) .

(٢) « النكت والفروق » (١/ ٢٣٢) .

ونص ابن راشد على أن إسلامه يسقط عنه الأدب واختلف في حد المرأة إذا تزوجته عالمة بأن ذلك لا يجوز ، ففي « المدونة »[١] لا أرى أن يقام في ذلك حد وإن تعمداه ، ولكن العقوبة إن لم يجهلوا ، وفي رواية : لا أرى أن يقام عليه ، ومقتضاها إقامته عليها، ومن الشيوخ من يرى أن المذهب كله على أنها لا تحد .

ابن محرز : والصواب حدها ، وهي كالمسلم يتزوج مجوسية عالماً بذلك ، فقد قال مالك: إنه يرجم ؛ يعني إذا كان محصناً ، وقال ابن المواز فيمن ارتدت زوجته ، ووطئها مكرهة عالماً بالتحريم : إنه يرجم .

واختلف إذا زنى بها طائعة ، فقال مالك رحمه الله تعالى : ليس ذلك بنقض ، ولا يلحق به الولد .

وقال ابن حبيب : ذلك نقض ، وفي سماع عبد الملك أنه يضرب ضرباً يموت منه ، وقال أشهب : يضرب الضرب الموجع لما لم يوف لهم بالعهد ، وفي كلامه ما يدل على أنه لو وفَّى لهم بالعهد لكان ذلك نقضاً .

قال محمد بن عبد الحكم : لا يكون ذلك نقضاً للعهد وإن وفى لهم به ، ابن نافع وأبو مصعب وغيرهما : فإن غرها بالإسلام فذلك نقض منه للعهد .

وَفِيهَا : الْمُسْلِمُونَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ أَكْفَاءٌ ، وفُرِقَ بَيْنَ مَوْلًى وعَرَبِيَّةٍ فَاسْتَعْظَمَهُ ، وتَلا : ﴿ يا أيها الناس إنا خلقناكم ﴾ إِلَى ﴿ أتقاكم ﴾[٢] ، والعَبْدُ كَذَلِكَ ، وقِيلَ : إلا العَبْد .....

قد تقدم ما يتعلق بذلك وقوله :(**إلا العَبْد**) **ابن عبد السلام** : أي :وإن الخلاف إنما هو بين الحرة والمولى ، وأما العبد فلا يختلف أنه ليس بكفء للحرة ، وحاصله أنها طريقة .

واعترض اللَّخْمِيّ الاستدلال بالآية على هذا ، وقال : لا مدخل لهذه الآية هنا ؛ لأن متضمنها الحال عند الله تعالى في الآخرة ،ومنازل الدنيا ،وما تلحقهم فيه المعرة غير ذلك.

وَقَالَ ابْنُ بَشِيرٍ : ولا خِلافَ مَنْصُوصًا أَنَّ لِلزَّوْجَةِ ولِمَنْ قَامَ لَهَا فَسْخ نِكَاحِ الْفَاسِق

أي : الفاسق بالجوارح لمقابلته له بالفاسق بالاعتقاد .

ولفظ ابن بشير : والمطلوب من الزوج أن يكون كفئاً في دينه بلا خلاف ، وإن كان فاسقاً فلا خلاف منصوص أن تزويج الأب من الفاسق لا يصح ، وكذلك غيره من

---

(١) « المدونة » (٤/٢٩٨) . (٢) سورة الحجرات : الآية ١٣ .

الأولياء، وإن وقع وجب للزوجة ولمن قام لها فسخه ، وكان بعض أشياخي يهرب من الفُتيا في هذا ، ويرى أن ذلك يؤدي إلى فسخ كثير من الأنكحة . انتهى .

ابن عبد السلام :وقول ابن بشير : وإن وقع ، يحتمل أن يكون داخلاً في غير المختلف فيه،وهو ظاهر،ويحتمل أن يكون ابتداء كلام وتأسيس مسألة مع عدم التعرض لنفي الخلاف.

وَأَمَّا الْفَاسِقُ بِالاعْتِقَادِ فَقَالَ مَالِكٌ : لا يُزَوَّجُ إِلَى الْقَدَرِيَّةِ ولا يُزَوَّجُونَ .

هذا لمالك في « الموازية » ولا يتأتى هنا توقف الشيخ المتقدم في الفاسق بجوارحه ؛ لأنه لا يؤدي إلى فسخ كثير من الأنكحة ، ويشارك القدري من يساويه في البدعة .

وَعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ دَعَتْ إِلى زَوْجٍ فَأَبَى وَلِيُّهَا: إِذَا كَانَ كفئاً لَهَا فِي الْقَدْرِ والْمَالِ والْحَالِ زَوَّجَهَا السُّلْطَانُ ، قَالَ عَبْدُ الْملك : وعَلَى هَذَا اجْتَمَعَ أَصْحَابُ مَالِك ....

تصوره ظاهر ، وقد تقدم أن ابن راشد فهم منه اتفاق الأصحاب على مراعاة هذه الثلاثة، وفيه نظر: لجواز أن يكون الاتفاق هنا إنما هو على الحر لحصول الكفاءة في الحال والمال فقط ، ثم إن هذا الاتفاق إنما يصح إن كان مساوياً لها في النسب والحرية ، وإلا فقد تقدم فيهما الخلاف .

وَالنِّكَاحُ والْملْكُ الْمُبِيحُ يُبِيحُ نَظَرَ الفَرْجِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، وقِيلَ : يُكْرَهُ لِلطبِّ .

أي : أن الرجل يباح له أن ينظر إلى فرج امرأته وأمته ، ويباح لزوجته وأمته النظر إلى فرجه ، واحترز بالمبيح من نظر العبد لفرج سيدته مما لو ملك بعض محارمه .

وقد وقع لأصبغ في « العتبية »[1] لما سئل : هل يجوز للرجل أن ينظر إلى فرج المرأة ؟ قال : نعم ، ويلحسه بلسانه .

قال في « البيان »[2]: إنما أراد تحقيق إباحة النظر ، وليس من مكارم الأخلاق أن يلحسه بلسانه .

وقد روى النسائي عن معاوية بن حيدة ، قال : قلت : يا رسول الله ، عوراتنا ما نأتي منها وما نذر ؟ قال : « **احفظ عورتك إلا من زوجتك وما ملكت يمينك** »[3] .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٥/ ٧٩) . (٢) « البيان والتحصيل » (٥/ ٧٩) .

(٣) أخرجه أبو داود (٤٠١٧) والترمذي (٢٧٦٩) والنسائي في الكبرى (٨٩٧٢) وابن ماجه =

وقوله :(**وقِيلَ : يُكْرَهُ لِلطِّبِّ**) لم أره ، ولعله يريد فرج المرأة خاصة ؛ لأنه قيل : إن النظر إليه يورث العمى ؛ لأنه يصعد منه بخار يؤذي البصر .

ابن القاسم : ولا بأس أن يكلم امرأته عند الجماع ، وسئل القاسم بن محمد عن النخر عند الجماع ، فقال : إذا خلوتم فاصنعوا ما شئتم .

وظاهر كلامه في « البيان »[1] كراهته ، وصرح السيد أبو عبد الله ابن الحاج بكراهته .

وَيَحلُّ كُلُّ اسْتِمْتَاعٍ إلا الإِتْيَانَ فِي الدُّبر ، ونُسِبَ تَحْليلُهُ إِلَى مَالك فِي كِتَاب السِّرِّ ، وهُوَ مَجْهُولٌ ، وعَن ابْنِ وَهْب : سَأَلْتُ مَالكاً عنه ، وقُلْتُ :إِنَّهُمْ حكَوْا أَنَّكَ تَرَاهُ ، فَقَالَ : مَعَاذَ الله وتَلا : ﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ ﴾ ، وقَالَ : لا يَكُونُ الْحَرْثُ إلا فِي مَوْضِعِ الزَّرْعِ ...

لما خرجه النسائي عن أبي هريرة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « **استحيوا من الله حق الحياء ، ولا تأتوا النساء في أدبارهن** »[2].

ولما خرجه أيضا عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « **لا ينظر الله إلى رجل أتى رجلا أو امرأة في الدبر** »[3].

ولما خرجه أبو داود عن أبي هريرة أيضا ، عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : « **ملعون من أتي المرأة في دبرها** »[4].

فإن قيل : قوله تعالى : ﴿ أَنَّىٰ شِئْتُمْ ﴾ [البقرة : ٢٢٣] يقتضي إباحته ، لأن المعنى حيث شئتم .

قيل : هذا غير صحيح لما رواه مسلم[5]وغيره عن جابر قال : كانت اليهود تقول : إذا

= (١٩٢٠) وأحمد (٢٠٠٤٦) والحاكم (٧٣٥٨) والبيهقي في الكبري (٩١٠) ، وحسنه الألباني - رحمه الله - .

(١) « البيان والتحصيل » (٥/ ٧٩) .

(٢) أخرجه النسائي في «الكبرى» (٩٠١٠) والطبراني في «مسند الشاميين» (٢٦٩) .

(٣) أخرجه الترمذي (١١٦٥) والنسائي في الكبرى (٩٠٠١) وابن حبان (٤٤١٨) وأبو يعلى (٢٣٧٨) وابن الجارود في « المنتقى » (٧٢٩) وحسنه الألباني - رحمه الله -.

(٤) أخرجه أبو داود (٢١٦٢) والنسائي في «الكبرى» (٩٠١٥) وأحمد (٩٧٣١، ١٠٢٠٩) والطبراني في« الأوسط» (٤٧٥٤) وأبو يعلي (٦٤٦٢) ، وحسنه الألباني - رحمه الله-.

(٥) أخرجه البخاري (٤٢٥٤) ومسلم (١٤٣٥) .

أتى الرجل المرأة من دبرها في قبلها كان الولد أحول ، فنزلت : ﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾ [البقرة : ٢٢٣] قال جابر : إن شاء مجبية وإن شاء غير مجبية غير أن ذلك في صمام واحد .

وعلى هذا فمعنى ﴿أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾ كيف شئتم ،والمفسرون وإن اختلفوا في تفسير الآية فينبغي أن يعتمد على ما ذكرناه لموافقته الحديث الصحيح .

وقد تقدم ما يتعلق بكتاب السر في المسح على الخفين .

ابن عبد السلام : ولمالك في « اختصار المبسوط » جوازه ، وقال : هو أحل من شرب الماء البارد ، وحكي عن ابن عمر مثله .

وَالإِتْيَانُ فِي الدُّبُرِ كَالْوَطْءِ فِي إِفْسَادِ الْعِبَادَاتِ ، وَوُجُوبِ الْغُسْلِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، وَالْكَفَّارَةِ ، وَالْحَدِّ، وَوُجُوبِ الْعِدَّةِ ، وَحُرْمَةِ الْمُصَاهَرَةِ ، وَلا يُحَلِّلُ ، وَلا يُحَصِّنُ ، وَفِي تَكْمِيلِ الصَّدَاقِ بِهِ قَوْلانِ .....

تصوره واضح .

وقوله : (مِنَ الْجَانِبَيْنِ) عائد على (إِفْسَادِ الْعِبَادَاتِ ، وَوُجُوبِ الْغُسْلِ) ولا يقال : وجوب العدة به مشكل ، كما قيل ؛ لأنها تجب بمجرد الخلوة ، وسبب القولين في تكميل الصداق به أن قوله تعالى : ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ ﴾ [البقرة : ٢٣٧] هل يحمل على المس الشرعي ؟ ولم يحصل ، أو على مطلق المس ؟ وقد حصل .

وَلا يَعْزِلُ عَنِ الْحُرَّةِ إِلا بِإِذْنِهَا ، وَلا عَنِ الزَّوْجَةِ الأَمَةِ إِلا بِإِذْنِ سَيِّدِهَا بِخِلافِ السَّرَارِيِّ.

العزل : هو أن يطأ إلى أن يأتي المني فينزع ذكره حتى لا ينزل فيها . والمشهور من المذهب جوازه على الصفة التي ذكرها المصنف ، وذكر عن مالك كراهته .

وظاهره قوله في (الزَّوْجَةِ الأَمَةِ إِلا بِإِذْنِ سَيِّدِهَا) أنه يكتفي بإذن السيد ، وكذا هو ظاهر كلام غيره .

ورأى الباجي[1] أنه لا يعزل عن الزوجة الأمة إلا بإذنها وإذن مواليها ، ولا يكتفي بإذن سيدها لأن لها حقا في الوطء .

وكان شيخنا ـ رحمه الله ـ يذهب إلى أنه تقييد وهو ظاهر لأن لها حقاً في القسم ،

(١) « المنتقى » (٥/ ١٧٥) .

ويتبين لك ذلك بما ذكره الباجي في باب الإيلاء : أن الزوجة إذا كانت أمة ورضيت بترك الوطء أن للسيد إيقافه ، رواه ابن القاسم عن مالك في « العتبية »[1].

الباجي[2] : ووجه ذلك ما احتج به أصبغ في « ثمانية أبي زيد » : ليس للزوج أن يعزل عنها وإن رضيت بذلك إلا بإذن السيد .

أصبغ : وإن رضي السيد بترك الوطء ولم ترض بذلك الأمة لم يكن لسيدها ذلك وكان لها القيام ومطالبة الزوج وتوقيفه .

قال في « الطرر » : وللمرأة أن تأخذ من زوجها مالاً على أن يعزل عنها إلى أجل ، ولها أن ترجع في ذلك متى أحبت ، وحكاه عن المشاوَر .

الزَّوْجَةُ : والْمَوَانِعُ : قَرَابَةٌ ، ورَضَاعٌ ، وصِهْرٌ ، ولِعَانٌ ، والْمُتَزَوِّجَةُ غَيْرُ الْمَسْبِيَّة ، والْمُعْتَدَّةُ وشِبْهُهَا مِنْ غَيْرِه ، والْمُرْتَدَّةُ ، والْكَافِرَةُ غَيْرُ الْكِتَابِيَّة ، والأَمَةُ الْكَافِرَةُ ، وأَمَتُهُ ، وأَمَةُ وَلَدِه ، وسَيِّدَتُهُ ، وأُمُّ سَيِّدِه ، والأَمَةُ الْمُسْلِمَةُ يَجِدُ نَاكِحُهَا الطَّوْلَ ولا يَخْشَى الْعَنَتَ ، والْمُسْتَوْفَاةُ طَلَاقاً ، والْمُحَرَّمَةُ الْجَمْعَ مَعَ مَحْرَمٍ أَوْ مَعَ أَرْبَعٍ ، والْمَرِيضَةُ مَرَضَ حَجْرٍ ، والرَّاكِنَةُ لِلْغَيْرِ ، والْيَتِيمَةُ ...

هذا هو الركن الرابع .

ولما كان المباح غير منحصر حصر الممنوع ليعلم أن ما عداه جائز ، و(**الْمَوَانِعُ**) مبتدأ على حذف مضاف أي : ذوو الموانع (**قَرَابَةٌ**) ، والتقدير أصحاب الموانع ذوو قرابة ، ففي كل من المبتدأ والخبر حذف مضاف ، وقلنا هذا ليصح قوله : (**الْمُتَزَوِّجَةُ**) لأنه معطوف على قرابة ولا يصح أن يخبر بالمتزوجة عن الموانع إذ لا يخبر عن المعنى بالجثة ، وعدة الموانع عشرون ، ثم أخذ المصنف يتكلم على الأول منها فالأول ، فقال :

وَالْقَرَابَةُ : هِيَ : السَّبْعُ فِي قَوْلِه تَعَالَى : ﴿حُرِّمَتْ﴾ وَهِيَ أُصُولُهُ ، وَفُصُولُهُ ، وَفُصُولُ أَوَّلِ أُصُولِه ، وَأَوَّلُ فَصْلٍ مِنْ كُلِّ أَصْلٍ وإِنْ عَلا .

أي: في قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وبَنَاتُكُمْ ﴾ الآية [النساء : ٢٣] .

ثم ضبط المصنف هذه السبعة بقوله : (**وَهِيَ أُصُولُهُ ..إلخ**) فالأصول: كل من له عليك

(١) « البيان والتحصيل » (٦/ ٧٦) .

(٢) « المنتقى » (٥/ ١٧٥) .

ولادة سواء كان بمباشرة أم لا ، فيدخل في ذلك : الأم ، وأمها وإن علت ، وأم الأب وإن علت .

والفصول : كل من لك عليها ولادة ، فيدخل : البنات ، وبنات الأبناء وإن سفلن لابن أو بنت .

وفصول أول الأصول هم: الإخوة ؛ إذ أول أصولك أبوك ، فتحرم الأخوات مطلقاً كن أشقاء أو لأب أو لأم ، وبناتهن وإن سفلن .

(وَأَوَّلُ فَصْلٍ مِنْ كُلِّ أَصْلٍ) أي : ما عدا الأصل الأول ؛ لأن ثاني الأصول وثالثها وإن علا ، ذلك فإن فصولهم أعمام وعمات ، وأخوال وخالات ، وبنات الأعمام والعمات ، والأخوال والخالات ، حلال بالإجماع .

واعلم أنه يتصور الخال والخالة من جهة الأب ، والعم والعمة من جهة الأم ، لأن أخا الجدة للأب خال للأب ، وأختها خالة له ، وأخو الجد للأم عم ، وأخته عمة .

وَيَحْرُمُ نِكَاحُ الزَّانِي لِلْمَخْلُوقَةِ مِنْ مَائِهِ ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ : لا تَحْرُمُ ، وَقَالَ سَحْنُونٌ : هَذَا خَطَأٌ صُرَاحٌ ...

بالتحريم قال أبو حنيفة ، وبعدمه قال الشافعي، وقول سحنون: إنه خطأ، ليس بظاهر؛ لأنها لو كانت بنتاً لورثته وورثها وجاز له الخلوة بها وإجبارها على النكاح ، وذلك كله منتف عندنا ، وعلل بعض الحنفية المنع: بأنها ربيبة؛ لأن الزنا عندهم محرم ، وسيأتي ما فيه عندنا .

وَيَحْرُمُ بِالْمُصَاهَرَةِ : أُمَّهَاتُ الزَّوْجَةِ مِنَ النَّسَبِ أَوِ الرَّضَاعِ ، وَبَنَاتُ الزَّوْجَةِ الْمَدْخُولِ بِهَا ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ فِي حِجْرِهِ وَإِنْ سَفَلَتْ لابْنٍ أَوْ بِنْتٍ .

هذا هو المانع الثالث .

وأخر المصنف المانع الثاني ـ وهو: الرضاع ـ لطوله وتبعاً لكتب أصحابنا .

وأمهات الزوجة : كل من له على الزوجة ولادة ، سواء كان من جهة أبيها أو أمها ، وسواء كان من جهة النسب أو الرضاع ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ **وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ** ﴾ الآية [النساء : ٢٣] . وحاصله: أن العقد على البنت يحرم الأم ، ولا تحرم البنت بالعقد على الأم بل بالدخول بها .

وفي « الموطأ »[١] :أن ابن مسعود استفتي وهو بالكوفة عن نكاح الأم بعد الابنة إذا لم يمس البنت فأرخص في ذلك ، ثم إن ابن مسعود قدم المدينة فسأل عن ذلك فأخبر أنه ليس كما قال ، وأن الشرط إنما هو في الربائب ، فرجع ابن مسعود إلى الكوفة ، فلم يصل إلى منزله حتى أتى الرجل الذي أفتاه ، فأمر أن يفارق امرأته ، ولم يكن ـ رضي الله عنه ـ يرجع عن فتواه إلا لنص أو ظاهر قوي ؛ لأن القاعدة : جمع الوصفين إذا اختلف عاملهما بصفة واحدة .

و﴿نِسَائِكُمْ﴾ في ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ مجرور بالإضافة ، وفي قوله : ﴿مِّن نِّسَائِكُمُ﴾ مجرور بحرف الجر ، فلا يصح أن يكون قوله تعالى : ﴿اللاَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ صفة لمجموع الوصفين .

وقوله : (وإِنْ لَمْ تَكُنْ فِي حِجْرِهِ) لأن قوله تعالى: ﴿اللاَّتِي فِي حُجُورِكُم﴾ وصف خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له .

وَحَلائِلُ الآبَاءِ ، وحَلائِلُ الأَبْنَاءِ .

هذا أيضا من المانع الثالث ، وكون المرأة حليلة في النكاح يحصل بالعقد ، وأما الملك فلا تكون به حليلة عندنا إلا بالوطء أو ما يقوم مقامه ، لا بمجرد الملك خلافا للشافعي في قوله :إنها بمجرد الملك حليلة ، ولا خلاف أن حليلة ابن الابن وابن البنت وإن سفل داخلة في حلائل الأبناء .

وَلَوْ قَالَ الأبُ : نَكَحْتُ الْمَرْأَةَ أَوْ وَطِئْتُ الأَمَةَ بشراءٍ، عِنْدَ قَصْدِ الابْنِ ذَلِكَ، وأَنْكَرَ الابْنُ لَمْ يُقْبَلْ إلا أَنْ يَكُونَ فَاشِيا قَبْلُ كَشَهَادَةِ الأُمِّ فِي الرَّضَاعِ ، ويَنْبَغِي التَّنَزُّهُ عَنْهُ ....

قوله : (عِنْدَ قَصْدِ الابْنِ ذَلِكَ) أي : نكاح الحرة ووطء الأمة .

وقوله : (لَمْ يُقْبَلْ إلا أَنْ يَكُونَ فَاشِياً) حاصله: أنه إن لم يكن فاشياً لم يقبل ، ويستحب التنزه ، وإن كان فاشياً قبل ، ويجب الاجتناب ، ويفسخ النكاح إن وقع ، وشهادة الأم في الرضاع كذلك .

وهذا الذي ذكره المصنف هو أحد التأويلين في مسألة « المدونة » في كتاب النكاح والرضاع ، ونص ما في النكاح[٢] : قلت فيمن اشترى جارية أو أراد شراءها أو خطب

(١) « الموطأ » (٢/ ٥٣٣) .

(٢) « المدونة » (٩/ ٤٩) .

امرأة فقال أبوه : نكحت الحرة أو وطئت الأمة بشراء ، وكذبه الابن، فقال : قال مالك : لا تجوز شهادة امرأة واحدة في الرضاع إلا أن يكون قد فشا وعرف .

مالك : وأحبُّ إليَّ ألا ينكح ويتورع .

ولا تجوز أيضاً شهادة امرأتين في الرضاع إلا أن يكون قد فشا وعرف في الأهلين والمعارف والجيران ، فتجوز حينئذ شهادتهما .

ابن القاسم : فشهادة الوالد في مسألتك كشهادة الأم في الرضاع ، فلا يقبل قول الأب إلا أن يكون ذلك من قوله فاشيا قبل الشراء أو النكاح ، وأرى له أن يتنزه عن ذلك بغير قضاء ، وكذلك الأم إذا لم يزل يسمعونها تقول : أرضعت فلانة ، فلما كبرت أراد الابن أن يتزوجها فلا يفعل .

ونص ما في الرضاع[1] : وإذا قالت امرأة عادلة : كنت أرضعت فلاناً وزوجته ، لم أقض بفراقهما ، ولو عرف ذلك من قولها قبل النكاح أمرته بالتنزه عنها إن كان يثق بقولها، ولو شهدت بذلك امرأتان بعد العقد وهما أم الزوجة وأم الزوج أو أجنبية لم أقض بالفراق إلا أن يفشو ذلك قبل النكاح من قولهما عند الجيران والمعارف .

والتأويل الثاني لأبي عمران :أنه لا يجب الفراق مطلقاً ، وإنما يتأكد استحباب التنزه إذا فشا ويقوي هذا التأويل قوله في الثانية : ولو عرف ذلك من قولها قبل النكاح أمرته بالتنزه عنها إن كان يثق بقولها .

فرع : إن صارت إليه جارية أبيه أو ابنه بعد موته ولم يقر مالكها بوطء ولا غيره ، قال ابن حبيب : لا تحل .

اللخمي : وهو يحسن في العلي ، وإن كانت من الوخش ندب إليه ألا يصيب ولا تحرم، وكذلك إذا باعها ثم غاب قبل أن يسأل .

وَالْمَشْهُورُ: أَنَّ اللَّذَّةَ بِالْقُبْلَةِ وَالْمُبَاشَرَةِ وَالنَّظَرِ لِبَاطِنِ الْجَسَدِ كَالْوَطْءِ فِي تَحْرِيمِ الْبِنْتِ .

لما قدم أن البنت لا تحرم إلا بالدخول بالأم بين أن مقدمات الجماع تتنزل منزلة الوطء في التحريم ، سواء كان ذلك في نكاح أو ملك .

ابن القاسم : في سماع أبي زيد : ولو ماتت زوجته قبل البناء فقبلها حرمت ابنتها .

---

(١) « المدونة » (٥/ ٤١١) .

واشترط المصنف اللذة بالمباشرة ؛لأنه لو حصلت المباشرة بغير لذة لم تحرم ، فقد روى محمد عن مالك : إن مرض فقامت عليه واطلعت على عورته ومست ذلك منه ، أو مرضت فقام هو عليها ، أن ذلك لا يحرمها على أبيه وابنه .

أصبغ : وذلك إذا لم يكن شيء من اللذة بقبلة ولا نظر .

وقوله : (**والنَّظَرِ**) يقرأ بالخفض عطفاً على القبلة والمباشرة ، ويكون التقدير : واللذة بالنظر .

ولا تصح قراءته بالنصب؛ لأنه حينئذ يؤخذ منه أن مجرد النظر محرم ، وليس كذلك.

وظاهر قوله : (**وَالْمَشْهُورُ**) إلى آخره ، أن الخلاف في الجميع ، ولم أره إلا في النظر، ولذلك لم يحك ابن بشير وابن شاس[١] الخلاف إلا فيه ، ونقل الباجي[٢] الشاذ فيه عن ابن القصار .

واحترز المصنف بقوله : (**النَّظَرِ لِبَاطِنِ الْجَسَدِ**) مما لو نظر إلى وجهها فإنها لا تحرم باتفاق، حكاه ابن بشير .

وفي « الموطأ »[٣] :أن عمر بن الخطاب ـ رضي الله تعالى عنه ـ وهب لابنه جارية وقال: لا تمسها فإني قد كشفتها .

يريد: نظر إلى بعض ما تستره من جسدها على وجه طلب اللذة والاستمتاع .

ابن حبيب : ومن تلذذ من أمته بتقبيل أو تجريد أو ملاعبة أو مغامزة أو نظر إلى شيء من محاسنها نظر شهوة حرم على ابنه وأبيه التلذذ بشيء منها إن ملكها ، رواه محمد عن مالك ، وزاد : وكذلك إن نظر إلى ساقها أو معصمها تلذذاً .

ابن عبد السلام : ظاهر رواية ابن حبيب بخلاف تقييد المؤلف النظر لباطن الجسد ، وقد يقال : إنما احترز بالباطن من الوجه كما قاله ابن بشير .

فإن قلت : ما حكاه ابن بشير من الاتفاق مخالف لرواية ابن حبيب ، فإن قوله في الرواية : أو نظر إلى شيء من محاسنها للذة يدل على أنه لا فرق بين الوجه وغيره في ذلك .

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٤٥) .

(٢) « المنتقى » (٥/ ١٧٦) .

(٣) أخرجه مالك (١١٢٤) .

فالجواب : أن الأمر كما ذكرت من أن الظاهر رواية ابن حبيب تنقض الاتفاق ، ويمكن الجمع بينهما بوجهين :

أولهما : أن يحمل كلام ابن بشير على ما إذا نظر للوجه لا على قصد الالتذاذ .

والثاني : أن يقيد ما في رواية ابن حبيب بغير الوجه ، والله أعلم .

وَإِذَا انْفَرَدَ الْوَطْءُ فَإِنْ كَانَ حَلالاً كَمِلْكِ الْيَمِينِ فَكَوَطْءِ الْعَقْدِ .

(**انْفَرَدَ الْوَطْءُ**) أي : من غير عقد ولا تحصل الإباحة فيه إلا في ملك اليمين ، ويعني بالحلال أن تكون المرأة مباحة الوطء ولو وطئها في حيض أو صيام ، لأنه إذا انتشرت الحرمة بمقدمات الجماع فلأن تنتشر بالجماع أولى .

واختلف إذا وطئ الصغير بملك اليمين أو قبل أو باشر ، فقال مالك في « الموازية » : إن قبل أو باشر لم تحرم إذا كان صغيراً ،وقال محمد: إذا بلغ أن يلتذ بالجواري فإنها تحرم .

وَإِنْ كَانَ بِزِنا فَفِيهَا : يُفَارِقُهَا ، وأَصْحَابُهُ كُلُّهُمْ عَلَى مَا فِي «الْمُوَطَّأ» .

(**وَإِنْ كَانَ بِزِنا**) عطفاً على قوله: (**فَإِنْ كَانَ حَلالاً**) أي : فإن زنا بأم زوجته أو بابنتها فليفارق زوجته .

وحمل الأكثر (**يُفَارِقُهَا**) على الوجوب ، وأنه يحرم عليه الاستمرار ، وحملها اللَّخْمِيّ وصاحب « البيان » [1]على الكراهة واختصرها [البراذعي][2] بلفظ التحريم ، وتعقب عليه ذلك .

ونص مالك في « الموطأ »[3] : أنه لا يحرم بالزنا حلال ، ونحوه في « الرسالة »[4]

سحنون : وأصحابه كلهم على ما في « الموطأ » ولا اختلاف .

وذكر ابن عبد السلام أنه المشهور .

وذكر ابن حبيب في « الواضحة » عن مالك أنه رجع عما في «الموطأ» ، وأفتى بالتحريم إلى أن مات .

---

(١) « البيان والتحصيل» (٥/ ١٣٤) .

(٢) في ط : البرادعى .

(٣) « الموطأ » (٢/ ٥٣٩) .

(٤) « الرسالة » (ص / ٩١) .

وكذلك ذكر المازري في كشف الغطاء ، وزاد أنه قيل له: أفلا تمحو الأول من كتابك ؟ أي : ما في « الموطأ » فقال : سارت به الركبان ، واختار جماعة ما في « الموطأ » **أما أولا:** فلأن الأصل الإباحة ، **وأما ثانيا** : فلأن الحقيقة الشرعية مقدمة على الحقيقة اللغوية في كلام الشارع .

ابن عبد السلام : ولا تكون المرأة من نسائه شرعاً إلا بالوطء المباح .

وَإِنْ كَانَ باشْتِبَاهٍ حَرُمَتْ عَلَى الْمَشْهُورِ

يعني: **(وَإِنْ كَانَ)** الوطء **(باشْتِبَاه)** أي : غلطاً ، كمن وطئ أجنبية يظنها زوجته أو أمته فإنها تحرم على آبائه وأبنائه ، وتحرم عليه أمهاتها وبناتها .

أبو عمران : ولا أعلم خلافا في من وطئ بوجه شبهة أنها تحرم إلا ما روى يحيى عن سحنون فيمن مد يده إلى زوجته في الليل فوقعت على ابنتها غلطاً ، أنها لا تحرم عليه زوجته .

وقال ابن عبد السلام بعد أن نقل عن سحنون: إن وطئ شبهة لا يحرم وهذا الخلاف إنما هو على القول بأن الزنا لا يحرم، وأما على أنه يحرم فلا إشكال أن وطء الاشتباه يحرم .

وَعَلَى الْمَشْهُورِ لَوْ حَاوَلَ أَنْ يَتَلَذَّذَ بزَوْجَته فَوَقَعَتْ يَدُهُ عَلَى ابْنَتِهَا فَالْتَذَّ فَجُمْهُورُهُمْ عَلَى التَّحْرِيمِ ، واخْتَارَ الْمَازَرِيُّ خِلافَهُ وأَلَّفَ فِيهَا «كَشْفَ الْغطَا عَنْ لَمْسِ الْخَطَا» ....

قوله :**(عَلَى ابْنَتِهَا)** يريد: سواء كانت ابنته أم لا ، هكذا هو منصوص عليه ، وقال بالتحريم ابن شعبان ، والقابسي ، وأبو عمران ، وأبو بكر بن عبد الرحمن ، والتونسي ، واللخمي ، وابن العطار ، والسيوري ، وعبد الحميد ، وبه أخذ ابن التبان ، ففارق زوجته حين نزلت به .

وقال بنفي التحريم سحنون ، وأبو سعيد ابن أخي هشام ، وابن شبلون ، واختاره ابن محرز وألف فيها تأليفاً ، وكذلك المازري وألف فيها « كشف الغطا عن لمس الخطا » واعتمد المازري في تصنيفه على تصنيف ابن محرز عن الشيخ أبي محمد القولان ، واحتج المازري بأنه لا رافع للحل المستصحب في الزوجة إلا آية تحريم المصاهرة ، وهي لا تتناول البنت ؛ إذ ليست من نسائه في الحال كالزوجة ، ولا تصلح أن تكون من نسائه في المآل

كالأجنبية ، وكذلك اختار صاحب « البيان »[1] قال : هو الصحيح ، واختلف في مراد الأشياخ باجتناب الزوجة ، وظاهر إطلاقاتهم: وجوب الفراق والإجبار عليه .

قال في « الجواهر » [2] :وهو مذهب جمهورهم ، ورأى القابسي وأبو عمران أن ذلك على وجه الاستحباب لا على الإجبار ، وهو مذهب أبي الطيب عبد المنعم فإنه أمر بالفراق، وتوقف في الإجبار ، وجمهور القائلين بالتحريم على أن المذهب فيه على قول واحد لا يختلف باختلاف ما وقع من ذلك عن قصد اللمس أو لا .

المازري : وقال ضعفاؤهم : بل يتخرج على الروايتين في انتشار الحرمة بالزنا .

عبد الحميد : وهو وهم فاسد ممن حكي عنه ؛ لأنه لم يقصد هنا ممنوعاً وإنما قصد الالتذاذ بزوجته أو لم يقصد ذلك وحصلت له اللذة .

وقول المصنف :(**الْتَذَّ**) احترز به مما لو لم يتلذ فإنها لا تحرم عليه ، وهو الصحيح ، وذهب بعض فقهاء صقلية إلى أن لمس الابنة ينشر الحرمة وإن لم يلتذ إذا كان أصل لمسه لقصد اللذة .

المازري : وهو مذهب ضعيف لا يتخرج على أصل ، ولا ينبني على تحقيق .

والمسألة قابلة لأكثر من هذا ؛ ولذلك احتملت التآليف .

فَإِنْ وطِئَ مُكْرَهاً فَقَالَ الْمازَرِيُّ : يَتَخَرَّجُ عَلَى أَنَّ الْمُكْرَهَ زَانٍ أَوْ مَعْذُورٌ كَالْغَالِطِ .

تصوره واضح .

وَكُلُّ نِكَاحٍ اخْتُلِفَ فِيهِ اعْتُبِرَ عَقْدُهُ وَوَطْؤُهُ مَا لَمْ يَكُنْ بِنَصٍّ أَوْ سُنَّةٍ فَفِي عَقْدِهِ قَوْلانِ ...

لما قدم الكلام على النكاح الصحيح أتبعه بالنكاح الفاسد ، وهو على قسمين : مجمع على فساده ، ومختلف فيه ، وبدأ بالمختلف فيه ، ومعنى كلامه: أن كل نكاح اختلف العلماء في صحته وفساده ، والمذهب قائل بالفساد ، فإنه يعتبر عقده فيما يعتبر فيه العقد ، ووطؤه فيما يعتبر فيه الوطء ، فتحرم بالعقد أمهاتها ، وتحرم على آبائه وأبنائه ، وتحرم عليه البنت بالدخول بالأم فيه .

وقوله :(**مَا لَمْ يَكُنْ بِنَصٍّ أَوْ سُنَّةٍ**) يعني أنه يعتبر العقد والوطء إلا أن يكون الفساد بنص

---

(١) « البيان والتحصيل » (٥/ ١٣٤) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٤٥) .

كتـاب أو نص سُنة ، فحـذف من الأول ما أثبت نظيـره في الثاني ، ومن الثـاني ما أثبت نظيره في الأول .

(فَفِي عَقْدِه قَوْلانِ) يعني : ويعتبر وطؤه بالاتفاق .

وقال في « **المقـدمات** »(١) : والمشهور أن الحرمـة تقع بكل نكاح لم يتفق على تحريمه ، ونفى غيره الخلاف ورأى أن المذهب كله على التحريم .

فإن قلت : فكيف يكون فيه نص كتاب أو نص سُنة ويُختلف فيه ؟

قيل : النص فيه ثلاثة اصطلاحات :

الأول : ما احتمل معنى قطعاً ، ولا يحتمل غيره قطعاً .

والثاني : ما احتمل معنى قطعاً وإن احتمل غيره .

والثالث : ما احتمل معنى كيف كان ، ولا يأتي الاختلاف على الاصطلاح الأول .

فإن قلت : فما مثل ذلك ؟

قـيل : أما ما فيه نص سُنة فكنكاح المحرم وإنكاح المرأة نفسها ، وأما ما فيه نص كتاب فكنكاح الخامسة ، فإن قوله تعالى : ﴿ **فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ** ﴾ [النساء : ٣] نص في عدم الزيادة ، وقد أجاز بعض الظاهرية الزيادة .

وَمَا لَمْ يُخْتَـلَفْ فِيه إِنْ دَرَأَ الْحَدَّ اعْتُـبِرَ وَطْؤُهُ لا عَقْدُهُ عَلَى الْمَـشْهُورِ كَمُـعْتَدَّةٍ أَوْ ذَاتُ مَحْرَمٍ أَوْ رَضَاعٍ ، وَإِنْ لَمْ يَدْرَأْ لَمْ يُعْتَبَرْ عَقْدُهُ ، وفِي وَطْئِه قَوْلانِ لأَنَّهُ زِنا ....

يعني : وإن اجتمع على فساده فهو على قسمين : (**إِنْ دَرَأَ الْحَدَّ اعْتُبِرَ وَطْؤُهُ**) كما لو وطئ مـعتدة أو ذات مـحرم أو رضـاع غيـر عالم ، وأمـا لو علم حد فـي ذات المحرم أو الرضاع ، وفي حد العالم في نكاح المعـتدة قولان سيأتيان ، والمشهور عدم اعـتبار عقده ، ومقابل المشهور لعبد الملك .

وذكر ابـن الجلاب(٢) عنه فيما إذا تزوج أماً وابنتها في عـقد واحد ، فقال عبد الملك : تحل له البنت ويحرم عليه نكاح الأم .

---

(١) « المقدمات » (١/٢٥٥) .

(٢) « التفريع » (٢/٦٤) .

اللخمي : والعقد إن كان حراماً مجمعاً على تحريمه لم يحرم ، هذا هو الصحيح من المذهب ، ووقع في بعض المسائل في هذا الأصل اختلاف .

ويختلف إذا كان مختلفاً في فساده ، والمشهور أن التحريم يقع به . وقوله: (**وَإِنْ لَمْ يَدْرأ**) إلخ ، تصوره ظاهر .

وَإِذَا عَقَدَ عَلَى أُمٍّ وابْنَتِهَا فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ فُسِخَ أَبَداً .

أي : قبل الدخول وبعده ، ولا خلاف فيه ، والفسخ بغير طلاق .

فَإِنْ دَخَلَ بِهِمَا حَرُمَتَا أَبَداً .

يريد : غير عالم بالتحريم ، وأما العلم به فإنه زان ، وسيأتي إن شاء الله تعالى .

وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بوَاحِدَةٍ لَمْ تَحْرُمِ الْبِنْتُ .

لأن العقد الصحيح على الأم لا يحرم البنت ، فالفاسد أولى .

وَفِي الأُمِّ قَولانِ .

فعلى المشهور تحل لأن العقد الفاسد لا أثر له خلافاً لعبد الملك .

وَإِنْ دَخَلَ بِإِحْدَاهُمَا حَرُمَتِ الأُخْرَى دُونَهَا ، وفِي الأُمِّ الْمَدْخُولِ بِهَا القَوْلان.

أي : فإن دخل إما بالبنت أو الأم (**حَرُمَتِ الأُخْرَى**) أي : غير المدخول بها دونها ؛ أي: دون المدخول بها ، ولا خلاف في هذا إن دخل بالبنت ، وأما إن دخل بالأم فالمشهور أن الأم لا تحرم عليه .

وعلى قول عبد الملك: الأم تحرم أيضاً عليه للعقد الفاسد على ابنتها ، و(ال) في (القولين) للعهد ، وقد تقدما .

فَإِن تَرَتَّبَتَا غَيْرَ عَالِمٍ فَوَاضِحٌ .

(**تَرَتَّبَتَا**) أي : تزوج واحدة بعد واحدة فواضح ؛ لأن البنت إذا كانت السابقة فعقدها صحيح ، وعقد الأم فاسد ويفسخ قبل الدخول وبعده ، ولا أثر له في تحريم البنت اتفاقاً، وإن كانت الأم السابقة فعقد البنت فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده ، ولا تأثير له في تحريم الأم على المشهور .

وهذا ـ والله أعلم ـ هو الذي قصد بقوله : (**فَوَاضِحٌ**) .

وأما إن دخل بهما أو بإحداهما فذلك على أربعة أوجه :

الوجه الأول : أن يدخل بهما فيفرق بينه وبينهما ، ويكون لك واحدة منهما صداقها بالمسيس ، ويكون عليهما الاستبراء بثلاث حيض ، ولا تحل له واحدة أبداً ، ولا يكون لواحدة منهما ميراث .

الوجه الثاني : أن يدخل بالأولى فالحكم أن يفرق بينه وبين الثانية ، ولا تحل له ، ويبقى مع الأولى وإن كانت البنت باتفاق ، وإن كانت الأم على المشهور .

الوجه الثالث : أن يدخل بالثانية ، فالحكم فيه أن يفرق بينه وبينها ، ويكون لها صداقها، ويكون له أن يتزوجها بعد الاستبراء من الماء الفاسد إن كانت البنت ، وإن كانت الأم لم تحل له واحدة منهما ، ولا يكون لواحدة منهما ميراث .

الوجه الرابع : أن يدخل بواحدة منهما معروفة ، ولم يعلم أهي الأولى أو الثانية ، فالحكم فيه إن كانت الأم هي المدخول بها منهما أن يفرق بينه وبينها ، ولا تحل له واحدة منهما أبداً ، وإن كانت البنت هي المدخول بها فرق بينهما ، ثم يتزوج البنت إن شاء بعد استبرائها بثلاث حيض ، ويكون للتي دخل بها صداقها بالمسيس ، وإن مات الزوج فيكون على المدخول بها من العدة أقصى الأجلين ، ويكون لها جميع صداقها .

ابن حبيب : ونصف الميراث .

وقال ابن المواز : لا شيء لها من الميراث .

قال في « المقدمات »[1] : وهو الصواب ، وأما التي لم يدخل بها فلا عدة عليها ولا شيء لها من الصداق ولا من الميراث .

وَإِنْ لَمْ تعْلَمِ السَّابِقَةُ ثُمَّ مَاتَ فَإِنْ بَنَى بِهِمَا فَلا مِيرَاث ، ويَجِبُ كُلُّ الصَّدَاقِ .

أما سقوط الميراث فلأن نكاحهما مفسوخ ، وأما وجوب الصداق فللدخول .

وَإِنْ لَمْ يَبْنِ فَالْمِيرَاثُ بَيْنَهُمَا ، ولِكُلٍّ نِصفُ الصَّدَاقِ .

أما وجوب الميراث فلأن نكاح إحداهما صحيح ، وأما أن لكل واحدة نصف صداقها فلأنه قد وجب عليه صداق كامل بالموت وهو غير معلوم . وقوله (**نِصفُ الصَّدَاقِ**) يعني: سواء اتفق الصداقان أم لا ، هكذا صرح به في « المدونة »[2] .

---

(١) « المقدمات » (١/٢٥٦) .

(٢) « المدونة » (٤/ ١٦٠) .

قال في « المقدمات »[1] : والقياس أن يكون عليه الأقل من الصداقين ، يقسم بينهما على قدر مهريهما .

تنبيه :

لم يذكر المصنف ما إذا كان الزوج حيا، وقد ذكره في « المقدمات » ، فقال : وإن لم تعلم الأولى منهما ، يريد : وقد تزوج واحدة بعد واحدة ولم يدخل بهما فرق بينه وبينهما، ويتزوج البنت إن شاء وتكون عنده على طلقتين ، ويكون لكل واحدة منهما نصف صداقها ، وقيل : ربع صداقها .

والقياس: أن يكون لكل واحدة منهما ربع أقل الصداقين ، وذلك إذا لم تدع كل واحدة منهما أنها الأولى ، ولا ادعت عليه معرفة ذلك ، فإن ادعت عليه كل واحدة منهما أنه علم أنها هي الأولى ، قيل له : احلف أنك ما تعلم أنها هي الأولى . فإن حلف على ذلك وحلفت كل واحدة منهما أنها هي الأولى، كان لهما نصف الأكثر من الصداقين يقتسمانه بينهما على قدر صداق كل واحدة منهما .

وإن نكلتا عن اليمين بعد حلفه كان لهما نصف الأقل من الصداقين فاقتسماه كالأول .

وإن نكلت إحداهما وحلفت الأخرى بعد حلفه كان للحالفة نصف صداقها ، وإن نكل هو عن اليمين وحلفتا جميعا كان لكل واحدة نصف صداقها ، وإن حلفت إحداهما ونكلت الثانية بعد نكوله كان للحالفة نصف صداقها ولم يكن للناكلة شيء ، وإن نكلتا جميعاً بعد نكوله لم يكن لهما إلا نصف الأقل من الصداقين يقسم بينهما على قدر صداق كل واحدة منهما ،وإن أقر لإحداهما أنها هي الأولى حلف على ذلك وأعطاها نصف صداقها ولم يكن للثانية شيء ،ولو نكل هو عن اليمين وحلفتا جميعاً غرم لكل واحدة منهما نصف صداقها ، وإن حلفت الواحدة ونكلت الأخرى بعد نكوله كان للتي حلفت نصف صداقها ، ولم يكن للتي نكلت شيء لأن الحالفة قد استحقت نصف الصداق بيمينها. انتهى .

وَكَذَلِكَ لَوْ لَمْ تَعْلَمِ الْخَامِسَةُ .

أي : فإن كان بنى بالجميع فلكل واحدة صداقها ، ولهن الميراث ؛ لأن نكاح أربع

---

(١) « المقدمات » (٢٥٦/١) .

صحيح ، وإن لم يبن بواحدة فلهن الميراث وعليه أربع أصدقة يقتسمنها على قدر أصدقتهن، وإن دخل بأربع فللمدخول بهن أربعة أصدقة ولغيرهن نصف صداقها ؛ لأنها إن كانت رابعة استحقت الصداق كاملاً ، وإن كانت خامسة فلا شيء لها ، فيقسم الصداق بينها وبين الورثة ، وإن دخل بثلاث فلهن ثلاثة أصدقة وللأخريين صداق ونصف ، ثم كذلك .

وَأَمَّا الْعالمُ فَفِيهَا : إِنْ تَزَوَّجَ الأُمَّ وَوَطِئَهَا يُحدُّ إِلا أَنْ يُعْذَرَ بِجَهَالَةٍ ، وَكَذَلِك لَوْ تَزَوَّجَ الْبِنْتَ وَوَطِئَهَا بَعْدَ وَطْءِ الأُمِّ ....

هذا قسيم قوله أولاً (فإن ترتبتا غير عالم).

وقوله: (**إِنْ تَزَوَّجَ الأُمَّ وَوَطِئَهَا**) أي : بعد عقده على البنت ، وقوله (**وَكَذَلِك لَوْ تَزَوَّجَ الْبِنْتَ وَوَطِئَهَا بَعْدَ وَطْءِ الأُمِّ**) قيد ذلك بأن يكون بعد وطء الأم ؛ لأنه لو لم يطأها لم يحد لأجل وطئه البنت ؛ لأنها ليست محرمة عليه على التأبيد .

وَإِذَا جَمَعَهُمَا بِمِلْكِ الْيَمِينِ جَازَ وَأَيَّتَهُمَا وَطِئَ حَرُمَتِ الأُخْرَى .

لأن وطء الملك كوطء النكاح ، ومقدمات الوطء كالوطء .

فإن جَمَعَ إِحْدَاهُمَا بِالنِّكَاحِ وَالأُخْرَى بالملكِ حَرُمَتِ الْمَمْلُوكَةُ نَاجِزاً ، فَإِنْ دَخَلَ بِالزَّوْجَةِ ، أَوْ كَانَتِ الصُّغْرَى حَرُمَتِ الْمَمْلُوكَةُ أَبَداً ....

قوله : (**حَرُمَتِ الْمَمْلُوكَةُ نَاجِزاً**) يعني : واستمر على الزوجة أما كانت أو بنتاً ، ثم إن دخل بالزوجة أو كانت الزوجة البنت ، وإن لم يدخل بها ، وهو مراده بالصغرى ، حرمت المملوكة على التأبيد ، وأما إن لم يدخل بالزوجة وهي الكبرى فله إذا أبانها أن يطأ البنت لأن العقد على الأم لا يحرم البنت .

وَالْمُعْتَدَّةُ مِنْ نِكَاحٍ أَوْ شِبْهِهِ إِذَا وُطِئَتْ بِنِكَاحٍ أَوْ شِبْهِهِ حَرُمَتْ عَلَيْهِ أَبَداً عَلَى الْمَشْهُورِ لِقَضَاءِ عُمَرَ مِنْ غَيْرِ مُخَالِفٍ ....

هذا راجع إلى ما تقدم في الموانع من قوله : (**وَالْمُعْتَدَّةُ**) ، وقوله :(**أَوْ شِبْهِهِ**) يحتمل أن يريد به الاستبراء من الأنكحة الفاسدة التي تفسخ بعد البناء ، ويحتمل أن يريد استبراء أم الولد من وفاة سيدها ، فإنه سوى في « المدونة »[١] بينهما وبين المعتدة من نكاح .

---

(١) « المدونة » (٥/ ٢٥) .

وقوله : (إِذَا وُطِئَتْ بنِكَاحٍ أَوْ شِبْهِهِ) ظاهر .

وقوله : (عَلَى الْمَشْهُورِ) يعني أن المشهور تحريمها على التأبيد ، وقيل : لا تحرم ، وله أن يتزوجها بعد ذلك ، والمشهور ومقابله لمالك .

ففي الجلاب[1]: ومن نكح امرأة في عدتها من طلاق أو وفاة وهو يعلم بتحريمها ، ودخل بها ، فروايتان :

إحداهما : أنه زان ، وعليه الحد ، ولا يلحق به الولد ، وله أن يتزوجها إذا انقضت عدتها .

والرواية الأخرى : أن الحد ساقط عنه ، والمهر له لازم ، والولد به لاحق ، ويفرق بينه وبينها ، ولا يتزوجها أبداً ، وعين صاحب « الاستذكار »[2]وغيره المشهور كما قال المصنف، وأما إن وطئها جاهلاً فلا أعلم خلافاً في التحريم .

ابن حبيب : وإن تزوج في العدة ووطئ ، أو قبَّل ، أو باشر ، أو غمز ، أو نظر على وجه اللذة ، فعليهما العقوبة ، على الولي والشاهد إن علم أنها في عدة ، إلا إن جهل .

وقال ابن المواز : يحد الزوجان إن تعمدا ذلك .

الباجي[3] : فيحمل قول ابن حبيب على من علم بالعدة وجهل التحريم ولم يتعمد ارتكاب المحظور ، وعلى ذلك ضربه عمر بالمخفقة ، وعلى قول ابن المواز على أنهما علما بالتحريم وتعمدا ارتكاب المحظور ،وقوله : (لِقَضَاء عُمَرَ) أي : بالتأبيد من غير مخالف .

هكذا ذكر القاضي عبد الوهاب[4] أنه لم يخالف عمر غيره ، وأن علياً وافقه .

لكن ذكر في « الاستذكار »[5]: أنه روي عن علي خلاف ذلك من وجوه ، وأنه يتزوجها بعد العدة ، قال : روي عن ابن مسعود مثله ، قال : وروى الثوري أن عمر رجع عمَّا ذكر عنه المصنف ، وما ذكره المصنف من القضاء هو في « الموطأ » .

---

(١) « التفريع » (٢/ ٦٠) .

(٢) « الاستذكار » (٥/ ٤٧٦) .

(٣) « المنتقى » (٥/ ٩٣) .

(٤) « المعونة » (١/ ٥٣٠) .

(٥) « الاستذكار » (٥/ ٤٧٦) .

وَفِي غَيْرِ الْبَائِنِ قَوْلانِ .

القول بأنها لا تحرم لابن القاسم ، لأن الرجعية زوجة ، وكان ذلك بمنزلة من وطئ زوجة الغير .

قال في « المدونة »[١] : وقال غير ابن القاسم : هو نكاح في عدة .

مالك : وللأول الرجعة قبل فسخ نكاح الثاني وبعده .

فَإِنْ لَمْ تُوطَأْ أَوْ وُطِئَتْ بَعْدَ الْعِدَّةِ فَفِي التَّأْبِيدِ قَوْلانِ .

أي : فإن حصل العقد فقط ، فهل تحرم بذلك على التأبيد ؟ حكى القاضي أبو محمد[٢] في ذلك روايتين ، ولا شك في فسخ النكاح ، وأما إذا عقد في العدة ووطئ بعدها فذكر المصنف قولين ، وهما في « المدونة »[٣] ففيها : قال مالك وعبد العزيز : ومن نكح في العدة وبنى بعدها فسخ نكاحه ، وكان كالمصيب فيها ، وقال المغيرة : لا يحرم عليه نكاحها إلا بالوطء في العدة ، وقال ابن القاسم عن مالك : يفسخ هذا النكاح وما هو بالحرام البين .

قال في « الكافي »[٤] : وقول مالك وعبد العزيز هو تحصيل المذهب .

ولا يخفى عليك توجيه هذه الأقوال .

فرع : فإن تزوج امرأته المبتوتة في عدتها ، فقال ابن نافع : تحرم عليه كالنكاح في عدة الغير ، وقال ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك : لا تحرم ؛ لأنه لم يكن ممنوعاً للعدة بل لكونها لم تتزوج غيره .

وَفِيهَا : فَإِنْ قَبَّلَ أَوْ بَاشَرَ حَرُمَتْ عَلَيْهِ لِلأَبَدِ .

يعني : في العدة ؛ لأن مقدمات الوطء كالوطء ، واختلف قول ابن القاسم في «الموازية» ، فقال مرة : تحرم ، وقال مرة : أحب إلى ألا ينكحها بغير قضاء ، وقال : في «الموطأ» نفسه اختلاف ، فكيف بما دونه .

---

(١) « المدونة » (٦/١٣٣) .

(٢) « النوادر والزيادات » (٢/٤٢٣) .

(٣) « المدونة » (٤/١٧١) .

(٤) « الكافي » (ص / ٢٣٧) .

محمد : وإن أرخيت الستور ثم تقاررا أنه لم يمسها ، لم تحل أبداً .

وفي « البيان » : أن القبلة والمباشرة بعد العدة لا يقع التحريم بهما اتفاقا.

خليل : وفيه نظر ؛ لأنه قد تقدم أن عبد الوهاب[١] حكى رواية بأنها تحرم بمجرد العقد، فكيف بالمباشرة والقبلة بعد العدة ؟ قال : وقد حكى صاحب « البيان »[٢] هذا القول إلا أن يقال : لعل مراده بالاتفاق اتفاق من عدا هذا القول ، والله أعلم .

فَإِنْ كَانَ مِنْ زِنا أَوْ مِلْكٍ فَقَوْلانِ

يعني : إذا نكح المستبرأة من زنا أو ملك فقولان ، والقول بالتحريم في المستبرأة من زنا لمالك ، وبه أخذ مطرف ؛ لأن العلة وهي الاستعجال قبل الأوان واختلاط الأنساب حاصلة،والقول بعدم التحريم لابن القاسم وابن الماجشون ، لأن الزاني لا يلحق به الولد فلم يكن وطء هذا يدخل اشتباهاً في الولد .

ابن القاسم : وسواء كانت حاملاً أو لا ،ثم رجع فقال : أما في الحمل فتحرم عليه ولا تحرم على غيره ، وروي ذلك عن مالك ، وقال أصبغ : أكرهه في الحمل . والقياس أنه وغيره سواء ولا أحب أن يتزوجها في ذلك كله .

قال في « البيان » [٣] : والقول الذي رجع إليه ابن القاسم لو عكس لكان أصوب ؛ لأن فيه : إذا وطئ غير الحامل اختلاط الأنساب ، وأما من زنت زوجته فوطئها زوجها في ذلك الماء فلا شيء عليه .

ابن المواز : ولا ينبغي أن يطأها في ذلك الماء ، وقال أشهب : الحامل من زوجها حملاً بينا إذا وطئت غصباً لم أر بأساً أن يطأها زوجها فيه .

أصبغ : أكرهه ، وليس بحرام ، وأرى مالكاً كرهه .

ابن حبيب : وإن لم تكن بينة الحمل فلا يطؤها إلا بعد ثلاث حيض ، أما القولان فيمن وطئ المستبرأة من ملك اليمين فالمشهور وهو مذهب « المدونة » أنه إذا دخل نكاح على ملك أو ملك على نكاح فهو كالمصيب في العدة، وقاله سحنون، وروي أيضاً عنه أنه ليس

---

(١) « الإشراف » (ص / ٢٣٧).

(٢) « البيان والتحصيل » (٤/ ٤٦٣).

(٣) « البيان والتحصيل » (٤/ ٤٦٣) .

كالتزويج في العدة فرده في الأول إلى نكاح على نكاح ، وفي الثاني إلى ملك على ملك.

فَإِنْ وُطِئتْ بِملْكٍ فَقَوْلان .

المشهور التحريم كما ذكرنا .

فَإِنْ وُطِئتْ بزِنًا أَوْ بِملك عَنْ ملك لَمْ يَتَأَبَّدْ .

يعني : فإن زنا بالمعتدة أو وطئ المشتري المستبرأة من البائع (لَمْ يَتَأَبَّدْ) وهو ظاهر.

تنبيه :

الصور أربع : نكاح على نكاح ، وملك على ملك ، ونكاح على ملك ، وملك على نكاح ، والمصنف تكلم على الأربعة ، فأشار إلى النكاح على النكاح بقوله أولا : (**والمعتدة من نكاح ... إلخ**) .

وأشار إلى الملك على الملك بقوله : (**أَوْ بملك عَنْ ملك**) ، وإلى النكاح على الملك بقوله : (**وإن كان من زنى أو ملك فقولان**) ، وإلى عكسها بقوله : (**فإن وطئت بالملك فقولان**) والله أعلم .

وَتصْريحُ خِطْبَةِ المُعْتَدَّة حَرَامٌ ، والتَّعْرِيضُ جَائِزٌ ، قَالُوا : ومِثْلُ : إِنّي فِيكِ لَرَاغِبٌ ، ولَكِ مُحِبٌّ ، وبكِ مُعْجَبٌ : تَعْرِيضٌ ....

قوله : (**الْمُعْتَدَّة**) يشمل كل معتدة من وفاة أو طلاق ، وحرم التصريح لقوله تعالى : ﴿ **وَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِي أَنفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِن لاَّ تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلاَّ أَن تَقُولُوا قَوْلاً مَّعْرُوفًا وَلا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ** ﴾ [البقرة : ٢٣٥] .

فتضمنت الآية الكريمة إباحة التعريض ، وما يضمره في النفس ، والمنع من المواعدة بالنكاح ،واختلف في معنى قوله تعالى : ﴿**سِرًّا**﴾ ،فقال ابن عباس وعكرمة ومجاهد والشعبي والسدي وقتادة وسفيان : لا يأخذ ميثاقها وهي في عدتها ألا تتزوج غيره، وقيل: السر هاهنا الزنا[1] .

اللخمي : وليس بحسن ؛ لأن الزنا محرم في العدة وغيرها .

والتعريض : ضد التصريح ، مأخوذ من عرض الشيء وهو جانبه ، وهو أن يضمن

---

(١) انظر « تفسير الطبري » (٢/ ٤٣٢) .

كلامه ما يصلح للدلالة على المقصود وغيره ، إلا أن إشعاره بالمقصود أتم ، ويسمى تلويحاً والفرق بينه وبين الكناية :أن التعريض ما ذكرناه ، والكناية: هي التعبير عن الشيء بلازمه كقوله في كريم : شخصٌ طويلُ النجاد كثيرُ الرماد .

ابن عبد السلام : والمذهب جواز التعريض في كل معتدة سواء كانت من وفاة أو طلاق وأجازه الشافعي في عدة الوفاة ومنع منه في عدة المطلقة طلاقاً رجعيا ، واختلف قوله في عدة الطلاق الثلاث .

وتبرأ المصنف بقوله : **(قَالُوا)** لإشكاله ؛ لأن هذه الألفاظ قريبة من التصريح ، وكهذه الألفاظ : إن النساء من شأني ، وإنك عليَّ لكريمة ، وإذا حللت فأذني لي ، وإن قدر الله خيراً يكن ، وإن الله لسائق إليك خيراً ، وإنك لنافعة .

وأشد من ذلك ما أجازه مالك من الإهداء لها ، ورآه من التعريض ، قال : ولا أحب أن يفتي به إلا من تحجزه التقوى عما وراءه ، ومنع ابن حبيب الإهداء إلا لذوي النهي.

المتيطي : والذي يكره وجهان :

أحدهما : العِدَة .

والثاني : المواعدة .

فأما العِدَة: فهي أن يعد أحدهما بالتزويج دون أن يوعده الآخر بذلك ، وهي تكره ابتداءً باتفاق مخافة أن يبدو للواعد منهما فيكون قد أخلف العدة ، فإن وقع وتزوجها بعد العدة مضى النكاح ولم يفسخ ، ولا يقع به تحريم بإجماع .

وأما المواعدة: فهي التي نهى الله تعالى عنها ، وهي أن يعد كل واحد منهما صاحبه وهي مفاعلة ، ولا تكون إلا من اثنين ، ثم ذكر ما ذكره المصنف .

فَإِنْ صَرَّحَ كُرِهَ لَهُ تَزْوِيجُهَا بَعْدَ الْعِدَّةِ .

لأجل ما ارتكبه من النهي ،وعلى القول بفسخ هذا النكاح يكون تزويجها ممنوعاً ، وسيأتي .

ابن المواز : ومواعدة الأب في ابنته البكر والسيد في أمته كمواعدة المرأة ، وأما الولي الذي لا يزوجها إلا بإذنها فيكره ، وإن وقع لم يفسخ .

فَإِنْ تزَوَّجَ فَالْمَشْهُورُ : يُسْتَحَبُّ لَهُ فِرَاقُهَا بِطَلَاقِهِ ، ثُمَّ تَعْتَدُّ مِنْهُ إِنْ دَخَلَ ، ثُمَّ يَخْطُبُهَا إِنْ شَاءَ، ورَوَى أَشْهَب : يُفَرَّقُ بيْنَهُمَا ...

أي : فإن تزوج من صرح لها بالخطبة في العدة ، وتصوره ظاهر .

وقوله في روايــة أشهب : (**يُفَـرَّقُ بيْنَهُمَـا**) أي : وجوباً ، علم ذلك من مـقابلته له بالمشهور ، قال في الرواية : ولو دخل .

المتيطي : قال أشهب : ولا تحلُّ له أبدا .

وذكـر ابن يونس وغيره: أن قول ابن القاسم اخـتلف في هذه المسألة في غير «المدونة» فقال مرة : يفسخ بقضاء ، وقال مرة : بغير قضاء .

وَتَحْرُمُ خطْبَةُ الرَّاكِنَة للْغَيْرِ ، وإِنْ لَمْ يُقَدَّرِ الصَّدَاقُ عَلَى الْمَشْهُـورِ ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : وذَلِكَ فِي الْمُتَقَارِبَيْنِ ، فَأَمَّا فَاسِقٌ وصَالِحٌ فَلا ...

لما في « المـوطأ » [1] وغيره أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : « **لا يخطب أحـدكم على خطبـة أخيـه** » واشترط الركون ؛ لأن النبي ﷺ أباح خطبة فـاطمة بنت قيس لأسامة وقد كان خطبها معاوية وأبو جهم ، وأيضاً فلأنها لما ذكرت للنبي ﷺ أن معاوية وأبا جهم خطباها ، ولم يـنكر ذلك عليه الصلاة والسـلام ، ومن العادة أنهـما لا يخطبان دفـعة دل ذلك على جواز الخطبـة على الخطبة ، وقد يقال : إن أسامـة لم يخطب وإنما أرشدها ﷺ لنكاحه ، فإذا نكحـها لم تنكح من خطبها على خطبة غيـره ، والركون : ظهور الرضا ، والقـول باشتـراط تقـدير الصداق لابـن نافع ، وهو ظاهر «الموطأ »، والمشـهور قـول ابن القاسم، وابن وهب ، وابن عبد الحكم ، ومطرف ، وابن الماجشون ، ورأى في الأول أن الركون لا يحصل من غير تقدير الصداق ؛ لأن اختلافهما عند تقدير الصداق كثير .

فقوله : (**عَلَى الْمَشْهُورِ**) راجع إلى قوله : (**وإِنْ لَمْ يُقَدَّرِ الصَّدَاقُ**) ، وقوله : (**قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ**) إلخ ، تصوره ظاهر .

وقد تقدم أن للمرأة ومن قام لها فسخ نكاح الفاسق .

---

(١) أخرجه مالك (١٠٨٩) والبخاري (٢٠٣٣) ومسلم (١٥١٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

فرع : قال مالك في سماع ابن أبي أويس : أكره إذا بعث الرجل رجلاً يخطب له امرأة أن يخطبها الرسول لنفسه وأراها خيانة ، ولم أر أحداً رخص في ذلك .

فَإِنْ عَقَدَ فَثَالِثُهَا : يُفْسَخُ قَبْلَهُ لا بَعْدَهُ .

القول بالفسخ قبل البناء وبعده لابن القاسم ، ومقابله لسحنون . والثالث : قال في «الاستذكار »[1]و « الكافي »[2] : هو المشهور .

والأقوال الثلاثة لمالك على عدم الفسخ . قال ابن وهب : يستحب للعاقد أن يتوب ويعرضها على الخاطب أولاً ، فإن حلله رجوت له في ذلك مخرجاً ، فإن أبى فليفارقها ، فإن أنكحها الأول وإلا فلهذا أن يستأنف نكاحها وليس يقضي عليه بالفراق .

عيسى : وإن لم يطلقها فليستغفر الله ولا شيء عليه .

وَالسَّبْيُ يَهْدِمُ النِّكَاحَ إِلا إِذَا سُبِيَتْ بَعْدَ أَنْ أَسْلَمَ الزَّوْجُ وهُوَ حَرْبِيٌّ أَوْ مُسْتَأْمَنٌ فأسلمت فَإِنْ لَمْ تُسْلِمْ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا لأَنَّهَا أَمَةٌ كِتَابِيَّةٌ ، وهيَ وولَدُهَا ومَالُهُ فِي بَلَدِ الْحَرْبِ فَيْءٌ ، وقِيلَ : وَلَدُهُ الصِّغَارُ تَبَعٌ ، وكَذَلِكَ مَالُهُ إِلا أَنْ يُقْسَمَ فَيَسْتَحِقَّهُ بِالثَّمَنِ ....

قد تقدم هذا في الجهاد ، وتقدم لنا فيه كلام على الولد والمال .

والاستثناء في قوله : (**إِلا إِذَا سُبِيَتْ**) وأخرنا الكلام على فسخ النكاح إلى هنا ، وفيه أربعة أقوال :

ابن راشد : والمشهور ما ذكره المصنف وهو أن السبي يهدم النكاح سواء سبيا معاً أو مفترقين ، قدم أحدهما بأمان أم لا ، ولا سبيل له عليها إلا بنكاح جديد . انتهى .

وفهم « المدونة » على هذا ابن لبابة وأبو إسحاق .

والثاني : أن السبي يبيح فسخ نكاحهم إلا أن يقدم أحدهما بأمان ، وهو قول ابن حبيب في « الواضحة » .

والثالث : أنهم على نكاحهم إلا أن تسبى هي فيفوتها سيدها بوطء قبل أن يقدم زوجها، وهو قول محمد ، وفهم أبو بكر بن عبد الرحمن « المدونة » على هذا .

---

(١) « الاستذكار » (٤/ ٤٦٥) .

(٢) « الكافي » (ص / ٢٤٨) .

الرابع : إن سبيا معا أو سبي هو واستبقي من القتل فهو على نكاحهم ، وإن سبيت هي قبل حلت لمالكها ، وهو مروي عن مالك أيضاً .

ودليل المشهور: قوله تعالى :﴿ **وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ** ﴾ [النساء : ٢٤] وهن ذوات الأزواج ﴿ **إِلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ** ﴾ [النساء : ٢٤] وهن المسبيات .

وقال جماعة من أهل التفسير : المحصنات هن جماعة من النساء لا يحللن إلا بالتزويج أو بملك اليمين .

والأول هو الظاهر لما في الصحيح[١] أنه عليه الصلاة والسلام يوم حنين بعث جيشاً إلى أوطاس فلقوا عدواً فقاتلوهم وظهروا عليهم ، وأصابوا لهم سبايا ، فكان ناس من أصحاب النبي ﷺ تحرجوا من غشيانهن من أجل أزواجهن فأنزل الله تعالى : ﴿ **وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ** ﴾ [النساء : ٢٤] .

وَالْجَمْعُ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ وكُلِّ محرمتين محرَّمٌ ، وضَابطُهُ : كُلُّ امْرَأَتَيْنِ بَيْنَهُمَا مِنَ الْقَرَابَةِ أَو الرَّضَاعِ مَا يَمْنَعُ نكَاحَهُمَا لَوْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا ذَكَراً ، وزيدَ : مِنَ الْقَرَابَةِ ؛ لأَجْلِ الْمَرْأَةِ مَعَ أُمِّ زَوْجِهَا ومَعَ ابْنَتِه فَتَحْرُمُ أُخْتُهَا وعَمَّتُهَا وإِنْ عَلَتْ لأَبٍ أَوْ أُمٍّ، وخَالَتُهَا كَذَلكَ.

هذا راجع إلى قوله في المحرمات : (**والمحرمة الجمع**) والأصل فيه : قوله تعالى : ﴿ **وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ** ﴾ [النساء : ٢٣] ، وروى الترمذي[٢] - وصححه - **أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن تنكح المرأة على عمتها ، والعمة على بنت أخيها ، والمرأة على خالتها ، والخالة على بنت أخيها ، ولا تنكح الصغرى على الكبرى ، ولا الكبرى على الصغرى .**

والعلة في المنع: كونه يؤدي إلى التقاطع والتدابر للغيرة التي بين الضرائر ، وضبطه أصحابنا بما ذكره المصنف وهو (**كُلُّ امْرَأَتَيْنِ** . . .إلخ) ولم يكتف بالضابط عن ذكر الأختين أولاً ؛ لأن الأختين هما الأصل في هذا الباب ، لأنهما متضمن الآية الكريمة ، وشأن العلماء ذكر الأصول أولاً كقول ابن الجلاب[٣] : يستحب لمن استيقظ من نومه غسل يديه قبل أن يدخلهما في إنائه ، وكذلك كل منتقض الطهارة .

---

(١) أخرجه البخاري (٤٠٦٨) ومسلم (٢٤٩٨) من حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه .

(٢) أخرجه أبو داود (٢٠٦٥) والترمذي (١١٢٦) وأحمد (٩٤٩٦) والدارمي (٢١٧٨) وابن حبان (٤١١٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وصححه الألباني - رحمه الله - .

(٣) « التفريع » (٢/٦٣) .

وقوله : (وزِيدَ : مِنَ الْقَرَابَةِ) يعني : وزيد في الضابط قولنا : (مِنَ الْقَرَابَةِ) ، لتخرج المرأة مع أم زوجها ؛ لأنك لو قدرت أم الزوج ذكراً لم يجز له أن يتزوج المرأة لأنها حليلة ابنه لكن ليس بينهما قرابة ، وكذلك المرأة مع بنت زوجها فإنك لو قدرت البنت ذكراً لم يجز له أن يتزوج المرأة لأنها حليلة أبيه لكن ليس بينهما قرابة ، فزاد قوله : (مِنَ الْقَرَابَةِ) ليخرج هاتين الصورتين ، فإن الجمع فيهما جائز .

وأخرج عبد الوهاب[1] هاتين الصورتين بغير هذه الزيادة فقال : لو قدرت كل واحدة ذكراً ؛ لأنك إذا قدرت أن المرأة في المثال الأول ذكر جاز له أن يتزوج أم الزوج وكذلك لو قدرت المرأة في المثال الثاني ذكراً جاز له أن يتزوج البنت لأنها ابنة رجل أجنبي .

وقوله : (فَتَحْرُمُ أُخْتُهَا وعَمَّتُهَا وإِنْ عَلَتْ لأَبٍ أَوْ أُمٍّ، وخَالَتُهَا كَذَلِكَ) أتى بالفاء لأنها كالنتيجة عما قبله .

قوله : (لأَبٍ أَوْ أُمٍّ) يحتمل معنيين :

أحدهما : أن العمة قد تكون أختا لأبيه خاصةً ، أو أخته من أمه خاصة ، فإذا حرم بأحدهما فأحرى إذا اجتمعا .

والثاني : أن العمة كما تكون من جهة الأب كذلك تكون من جهة الأم ؛ لأن أخت الجد للأم تسمى عمة عندهم ، وأخ الجد لأم عم ، هكذا قال ابن عبد السلام .

فَإِنْ اجْتَمَعَتَا فُسِخَا أَبداً .

أي : فإن جمع الأختين ونحوهما في عقد فسخ العقد قبل الدخول وبعده ولو ولدت الأولاد ولا خلاف فيه .

وَيُفْسَخُ نِكَاحُ الثَّانِيَةِ أَبداً بِغَيْرِ طَلَاقٍ ، ويُقْبَلُ قَوْلُهُ إِلا أَنْ تُخَالِفَهُ الْمَتْرُوكَةُ فَيَحْلِفُ لِلْمَهْرِ ويُفْسَخُ حِينَئِذٍ بِطَلَاقٍ ....

لا إشكال في الفسخ بغير طلاق ؛ لأنه مجمع على فساده ، فإن جهل التاريخ ، قال المصنف قبل قوله في تعيين الثانية إن وافقته الثانية على ذلك، هكذا قال أَشْهَب ومحمد .

اللخمي : والجاري على مذهب « المدونة » من عدم قبول تعيين المرأة، الأول في مسألة الوليين عدم قبول قوله هنا .

---

(١) « المعونة» (١/ ٥٤١) .

وقوله : (**إِلا أَنْ تُخَالِفَهُ الْمَتْرُوكَةُ فَيَحْلِفُ لِلْمَهْرِ ويُفْسَخُ حِينئِذٍ بِطَلَاقٍ**) ونحوه لمحمد والباجي .

وقـوله : (**لِلْمَـهْـرِ**) أي: لأنه مدع لسقوط نصف صداقـها ، وعندي أن فسخ نكاحها يكون طلاقاً .

اللخـــمي : وهذه المسألة على سـبعة أوجه : إمـا أن يقول الزوج : لا علم عندي ، وتدعي كل واحدة أنهـا الأولى ، أو لا علم عند الجميع أيتهـما الأولى ، أو تدعي واحدة أنها الأولى وتقـول الأخرى : لا علم عندي ، أو يدعي الزوج العلم دونهما ، أو تـخالفه كل واحدة وتقول : أنا الأولى ، أو تخالفه إحداهما وتقول الأخرى : لا علم عندي ، أو يكون العلم عند جمـيعهم ، فإن قال الزوج : لا علم عندي ، وادعت كل واحـدة منهما أنها الأولى فسخ النكاحان جميعاً .

مـالـك في « الموازية » : ولكل واحدة نصف صداقها ، وعليـه فيكمل لهما الصداق في الموت .

وقال ابن حـبيب : إذا مات يكون لكل واحدة نصف صداقـها والميراث ، وعليه فيكون عليه في الحياة ربع الصداق فقط ، وتحلف كل واحدة لصـاحبتها أنها الأولى ، فإن حلفت إحداهما ونكلت الأخـرى فالصداق لمن حلفت منهما ، وهو أقـيس ، وإن ادعت إحداهما العلم ، وقالت الأخـرى : لا علم عندي، حلفت المدعية العلم واستـحقت النصف ، ولا شيء للأخرى ، فـإن نكلت اقتسمـتاه ، وإن اعتـرف الزوج لواحدة غرم للتي اعتـرف لها نصف الصداق ، وحلف للأخـرى وبرئ ، فإن نكل غرم لها نصف صـداقها ، وإن ادعى جميعهم العلـم : الزوج والأختان ، كان الجواب كالتي قبلها تأخذ التـي أقر لها بغير يمين ويحلف الزوج للأخرى ويـبرأ ، فإن نكل حلفت التي أنكرهـا واستحـقت ، وإنما تخالف هذه التي قبلها في رد اليمين ، وإن ادعى الزوج الجـهل بالأولى فسخ النكاحان ، ولا ينظر إلى ما عند الأختين من علم أو جهل .

وإن ادعى العلم ، وقـال : هذه الأولى ، فذكـر ما ذكره المصنف بـقوله : (**ويُقْـبَلُ قَـوْلُـهُ...إلخ**) وإن شهدت عـليه البينة بالنكاحين فأقـر بإحداهما وكذب الأخـرى فسخ النكاحان بخلاف التي قبلها . انتهى بمعناه .

وَيحِلُّ لَهُ تَزْوِيجُهَا بِبَيْنُونَةِ الأُولَى بِخُلْعٍ أَوْ بَتٍّ أَوِ انْقِضَاءِ عِدَّةٍ .

يعني : أن التحريم بين الأختين إنما هو تحريم جمع ، فإذا أبان الواحدة حلت الأخرى ، وبينونتها بأحد ثلاثة أوجه كما ذكر المصنف وهي : الخلع ، والبت وهو الطلاق الثلاث ، وانقضاء الطلاق الرجعي .

فَإِن قَالَ: انْقَضَتْ ، وأَكْذَبَتْهُ لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ وَإِنْ أَمْكَنَ كَالنَّفَقَةِ وَالسُّكْنَى .

إنما لم يقبل قوله ؛ لأن ذلك لا يعرف إلا من قولها ، وهن مأمونات على فروجهن .

وقوله (**كَالنَّفَقَةِ وَالسُّكْنَى**) أي : سواء كما تلزمه النفقة والسكنى ، إذا قالت : عدتي لم تنقض ، ويكون القول قولها .

ابن محرز : قال بعض المذاكرين : ويكون عليها اليمين في النفقة والسكنى ، وأما في العدة فلا ، ونقل ابن بشير هذا عن الأشياخ .

قال في « النكت »[1] : قال بعض شيوخنا من القرويين في المرأة التي طلقها زوجها طلاقاً رجعيا، فإن أراد أن يتزوج أختها أو خامسة ، فقالت :احتبس الدم عني ؛ فهي مصدقة فيه حتى تنقضي لها سنة ، فإن ادعت التحريك بعد السنة لم تصدق على الزوج ؛ لأن ذلك يظهر فينظر إليها النساء ، فإن صدقنها وإلا لم يلزم الزوج أن يتربص إلى أقصى الحمل .

ومن هذا ما وقع لابن زرب فيمن مات وادعت امرأته أنها حامل ، وورثته عصبته ، فأرادوا القسمة ، ومر لها عام فأكثر ، فأرى أن ينظر إليها النساء ، قال : والنظر أحسن إذا استبان اللدد .

وَفِي مَعْنَى النِّكَاحِ وَطْءُ مِلْكِ الْيَمِينِ .

لما كان جمع الأختين على ثلاثة أقسام : بنكاح ، وبملك ، وبنكاح وملك ، وتكلم على الأول شرع في الآخرين ، يعني : إن وطئهما بالملك حرام كنكاحهما ، ولا خلاف فيه عندنا .

وَإِذا وَطِئَ إِحْدَاهُمَا حَرُمَت الأُخْرَى مَا لَمْ يُحَرِّمِ الْمَوْطُوءَةَ بِبَيْعٍ أَوْ كِتَابَةٍ أَوْ تَزْوِيجٍ صَحِيحٍ يُقَرَّانِ عَلَيْهِ أَوْ عِتْقٍ نَاجِزٍ أَوْ مُؤَجَّلٍ ، أَوْ إِبَاقِ إِيَاسٍ ....

(١) « النكت والفروق » (١/ ٢٣٧) .

قوله :(**حَرُمَت الأُخْرَى**) لأنه لو لم تحرم لجاز الجمع ، والحكم خلافه، ثم بين ما تحرم به الأولى بقوله : (**بِبَيْع** . . . إلخ) .

وقوله : (**بِبَيْعٍ أَوْ كِتَابَة**) أما البيع فظاهر ، وأما الكتابة فلأنها أحرزت نفسها ومالها وليس للسيد وطؤها ، والأصل عدم إعجازها .

واختار اللَّخْمِيّ أن الكتابة غير كافية في التحريم ؛ لأنها قد يظهر بها حمل .

وقوله : (**أَوْ تَزْوِيجٍ صَحِيحٍ يُقَرَّانِ عَلَيْه**) احترز بالصحيح من الفاسد كالمتعة ، (**يُقَرَّانِ عَلَيْه**) من الصحيح الذي لا يقران عليه كنكاح العبد بغير إذن السيد ، والصبي كذلك ، ونكاح المغرور بالعيب .

وقول ابن عبد السلام أن كون التزويج صحيحاً يستلزم أن يقرا عليه . فلفظ :(**يُقَرَّانِ عَلَيْه**) كالحشو ليس بظاهر .

وَلا أَثَرَ لِعَارِضٍ كَحَيْضٍ ، وعِدَّةِ شُبْهَةٍ ، وَرِدَّةٍ ، وَإِحْرَامٍ ، وَظِهَارٍ .

لأن زمان الحيض يسير ؛ ولأن مقدمات الجماع لا تحرم فيه ، وكذلك عدة الشبهة ، أي: إذا غلط بها ، والردة إن كانت تحرم الوطء في الحال إلا أن زمان الاستتابة قصير ، وهو ثلاثة أيام والغالب مع تقدم الإسلام ، والخوف والرجوع إلى الإسلام ، والإحرام أيضاً قصير الزمان ، والظهار لأنه قادر على رفع التحريم بالكفارة .

وَلا بِهِبَتِهَا لِمَنْ يَعْتَصِرُهَا مِنْهُ وَلَوْ يَتِيما فِي حِجْرِهِ إِذْ لَهُ انْتِزَاعُهَا مِنْهُ بِالْبَيْعِ .

تصوره ظاهر ، وقد ذكر- رحمه الله - الحكم وعلته ، فإن تصدق بها على ولده ، وحيزت له جاز له وطء الأخرى ؛ لأنه لا اعتصار في الصدقة وإن لم تحز فلا .

قال الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن : لأن الواهب لو أعتق قبل القبض أو أجلها لمضى فعله وانتقضت الهبة .

وَلا بَيْع فَاسِدٌ إِلا أَنْ يَفُوتَ .

لأنه قبل الفوات لا ينتقل ملك البائع عنه وستعلم هذا في البيوع .

بِخِلافِ صَحِيحٍ دَلَّسَ فِيهِ بِعَيْبٍ .

أي : فإنها تحل ، وهذه النسخة هي الصحيحة لا ما وقع في بعضها (**ولا صحيح**) ؛

لأن في « التهذيب »[١] في آخر كتاب الاستبراء : وإن باعها وبها عيب حلت له أختها، وهو بيع تام حتى يردها ، ووقع في بعض النسخ زيادة (على المشهور) ، وهي زيادة صحيحة، لأن في « الموازية » : أن ذلك ليس بتحريم كما نقله اللَّخْمِيّ وغيره .

وَلا اسْتِبْرَاءٍ وَلا خِيَارٍ وَلا عُهْدَةٍ ؛ يَعْنِي: الثَّلاثَ .

تصوره ظاهر ،وقوله : (الثَّلاثَ) أي :عهدة الثلاث بخلاف عهدة السنة لطول زمانها .

فرع : ابن حبيب : ولو أخدمها شهراً أو سنة أو شبه ذلك لم تحل له أختها ، وإن أخدمها سنين كثيرة ، أو حياة المخدم ، فذلك تحل له أختها .

فَلَوْ وَطِئَ مُنِعَ مِنْهُمَا حَتَّى يُحَرِّمَ أَيَّتَهُمَا شَاءَ .

أي : فلو وطئ الثانية بعد وطء الأولى منع منهما حتى يحرم أيتهما شاء ، فإن حرم الثانية استمر على وطء الأولى .

اللخمي : وإن عاود الأولى قبل التحريم لم يطأ واحدة منهما إلا بعد الاستبراء ، وله أن يطأ إحداهما ويؤتمن على ألا يصيب الأخرى .

وَلَوْ مَلَكَ وَوَطِئَ ثُمَّ عَقَدَ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : يُمْنَعُ ، فَإِنْ وَقَعَ حَرَّمَ مَنْ شَاءَ ، وقَالَ أَشْهَب : لا يُمْنَعُ والْعَقْدُ مُحَرمٌ لِلأَمَةِ ، وقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ : يُفْسَخُ ....

هذا هو القسم الثالث وله صورتان :

إحداهما : أن يتقدم الملك ووطء المملوكة .

والثانية : أن يتقدم النكاح .

وذكر المصنف في الصورة الأولى ثلاثة أقوال،والثلاثة في « المدونة »[٢] ففيها :ومن وطئ أمة بملك، ثم تزوج أختها لم يعجبني ذلك إذ لا يجوز له أن ينكح إلا في الموضع الذي يجوز له فيه الوطء إلا أنه لا يفرق بينه وبين امرأته،ويوقف عنها حتى يحرم أيتهما شاء .

فإن اختار فسخ النكاح قبل البناء ، فهل يلزمه نصف الصداق أم لا ؟ فيخرجه بعضهم

---

(١) « تهذيب المدونة » (١/٤٥٢) .

(٢) « المدونة » (٤/ ٢٧٩) .

على المجوسي يسلم على عشرة واختار أربعة على ما سيأتي بعد من يكون لها صداقها .

سحنون : وقد قال عبد الرحمن : إن النكاح لا ينعقد ، وهو أحسن قوليه . وقال أشهب في كتاب الاستبراء : عقد النكاح تحريم للأمة كان يطأ أم لا . انتهى .

وقال بالفسخ عبد الملك ، ومطرف ، وابن الماجشون ، وأصبغ ، وهو أقيس لما أشار إلى توجيهه في الرواية : أنه لا يجوز النكاح إلا حيث يجوز الاستمتاع ، ولا يستثني من ذلك إلا الحيض والنفاس . قال ابن دينار على القول الأول : وأحبُّ إليَّ أن يحرم فرج التي كان يطأ ثم له حينئذ وطء الثانية .

وَلَوْ عَقَدَ ثُمَّ اشْتَرَى وَوَطِئَ الأُولَى فَلَوْ وَطِئَ الْمُشْتَرَاةَ كَفَّ عَنْهُمَا حَتَّى يُحَرِّمَ مَنْ شَاءَ .

هذه هي الصورة الثانية من القسم الثالث .

قوله : **(وَطِئَ الأُولَى)** أي : الزوجة، وكلامه ظاهر ، وهل يكفي في تحريم الأمة أن يقول لها : إن وطئتك فأنت حرة ؟ وفي تحريم الزوجة أن يقول : إن وطئتك فأنت طالق ثلاثاً ؟ نص عبد الملك على أن ذلك في الأمة ليس بتحريم ؛ لأن أول الإصابة حلال .

اللخمي : وعلى القول بعدم التمكين من الإصابة يكون ذلك تحريماً .

وزعم ابن بشير أن المذهب عدم التمكين ، وحاول رد تخريج اللخمي بوجه ليس بين .

وَالزِّيَادَةُ عَلَى أَرْبَع مُمْتَنِعَةٌ عَلَى الحُرِّ والعَبْدِ ، و قَالَ ابْنُ وَهْبٍ : الثَّالِثَةُ لِلعَبْدِ كَالْخَامِسَةِ لِلْحُرِّ .....

لا خلاف بين أهل السنة في تحريم ما زاد على الأربع لحديث غيلان الثقفي وغيره خلافاً لبعض المبتدعة[1] ، ووجه المشهور في إباحة الأربع للعبد عموم قوله تعالى : ﴿ **فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ**﴾ الآية [النساء : ٣] ، وقاس ابن وهب ذلك على طلاقه ، ويحتمل أن يكون منشأ الخلاف: اختلاف الأصوليين في دخول العبيد تحت الخطاب وعدم دخولهم .

فَلَوْ نَكَحَ خَمْساً فِي عَقْدٍ فَكَالأُخْتَيْنِ .

أي : فيفسخ أبداً .

وَأَمَّا لَوْ جَمَعَ بَيْنَ أَرْبَعٍ وسَمَّى لِكُلِّ وَاحِدَةٍ صَدَاقاً صَحَّ .

وهذا لا خلاف فيه .

---

(١) من الظاهرية وغيرهم ، كما سبق ونص على ذلك .

قال ابن لبابة : لا أحسبهم يختلفون فيه .

عياض : ما لم يكن شرط أنه إنما يتزوج إحداهما بشرط الأخرى ، فإن كان بالشرط .

ابن عبد السلام : يريد : ولم يكن ما سمي لكل واحدة صداق مثلها ، فاختلف المتأخرون في ذلك فأجازه ابن سعدون ولم يره كالبيوع ، وخالفه غيره ، ورآه كالبيوع فلا يجوز إلا أن يكون ما سماه لكل واحدة صداق مثلها ، وهذه المسألة لا تناسب هذا الفصل والأليق بها باب الصداق .

فَإِنْ أَجْمَلَهُنَّ فِي صَدَاقٍ وَاحِدٍ فَفِيهَا : الْمَنْعُ ، وقَالَ أَصْبَغُ بِالجَوَازِ .

إنما فيها : لا يعجبني ، وفهم المصنف والأكثرون منها المنعَ ، وعلى ذلك اختصرها البراذعي وحملها بعضهم على الكراهة .

ابن محرز : وينبغي أن تجري على الخلاف في جمع الرجلين سلعتيهما في البيع ، وكان ينبغي أن يخفف في النكاح لكونه مبنياً على المكارمة وأما في البيوع فلا ؛ لأنها مبنية على المكايسة ؛ لأن المعاوضة وقعت بينهما لمكان الشرط ؛ لأنها معاوضة بشيء مجهول ؛ إذ لا يدري أحدهما هل حط من ثمن سلعته شيئاً لمكان الشرط أم لا ، وإن حطه لا يدري مقدار الحطيطة ، وهذا بالنظر إلى البائع وأما بالنظر إلى المشتري بما يظهر للمنع لمكان ربه ، والفرق بينه وبين النكاح ما تقدم .

ونص في « المدونة » على نقل ابن يونس : وإن جملهما في صداق لم يعجبني ذلك ، وقد بلغني أن مالكاً كرهه ؛ لأنه لا يدري ما صداق هذه من صداق هذه .

قيل : فإن طلق إحداهما أو مات عنهما قبل البناء كم يكون صداقهما ؟ أيقسم عليهما على قدرهما ؟ قال : نكاحهما غير جائز ؛ فقوله : (غير جائز) يفهم منه المنع؛ لأن لفظ (لا يعجبني) كثيراً ما يستعمله مالك في التحريم ، ولا يوجد له استعمال (لا يجوز) في الكراهة .

وبقول أصبغ قال ابن دينار ، وابن نافع ، وسحنون ، وحكي عن مالك : لأن النكاح مبني على المكارمة .

وَعَلَى الْمَنْعِ فَفِي فَسْخِهِ قَبْلَ الْبِنَاءِ قَوْلَانِ .

يعني : فإن دخل مضى ، وإنما اختلف قبل البناء ، فمذهب الشيخ أبي محمد أنه يفسخ

ولا شيء لها ، وكذلك قـال ابن محرز ، وظاهر قول ابن القـاسم أن النكاح فاسد ، وأن المطلقـة والمتوفى عنها لا شيء لـهما ، ومـقتضـى قوله: إن النكاح يفسـخ ، وقال بعض المذاكرين : لهما ما يخـصهما من تلك التسمية ؛ لأن النكاح أخف من البـيوع ، ومقتضى هذا أنه لا يفسخ ، وكذلك قال في « التنبيـهات » : ظاهره على أصله أنه لا شيء لهما ؛ لأنه عنده من باب غرر الصداق ؛ إذ لا يدري ما صداق هذه من صداق هذه .

ابن يـونس [(١)] : ويحتمل أن يقال علـى قوله في من نكح بدرهمين وطلق قبل البناء أن لهـا نصف المسمى ؛ لأنه إذا راعى قـول من يجيـز بالدرهمين وألزمـه نصفـهمـا بالطلاق فمراعاة قول نفسه وقول غيره أولى .

ابن عـبد السـلام : وهذا القولان عند المتأخرين مـبنيان على المنع ابتداءً ، هل هو على الكراهة أو على التحريم ؟

وَعَلَى الْجَوَازِ أَوِ الإِمْضَاءِ فَفِي تَعْيِينِ صَدَاقِ الْمِثْلِ أَوْ فَضِّ الْمُسَمَّى قَوْلانِ .

أي : إذا قلنا بجواز النكاح ابتـداءً وفرعنا على الإمضاء إما بعـد البناء ، وإما قبله على أحد القولين ، وتصور كلامه ظاهر .

والقول بفض المسـمى هو للقائلين بالجـواز ، ولا يمكن أن يأتي على الجواز خـلافه وإن كان ظاهر كـلامه أن القولين أيضاً يأتيـان على القول بالجواز ، وعلى هذا فالقـول بصداق المثل إنما هو بعد البناء ، وأما قبل البناء فلا شيء لهـا على مذهب ابن القاسم على ما قاله ابن يونس وغيـره ، ولهذا قال ابن عـبد السلام : قـال غير المصنف : إنما يوجـد القولان بفض المسمى أو تعـيين صداق المثل بعـد الدخول ، وأن الفض مبني علـى الكراهة وتعيين صداق المثل مبني على المنع .

وقد يجاب عنه بأن قوله : (**فَفِي تَعْيِين** . . إلى آخره) ، من باب اللف والنشر ، وأن قوله : (**فَفِي تَعْيِين**) راجع إلى قوله : (**أَوِ الإِمْضَاء**) وقوله : (**أَوْ فَضِّ الْمُسَمَّى**) راجع إلى قوله : (**وَعَلَى الْجَوَاز**) وفيه بعد ، والله أعلم .

فرع :

ابـن يـونـس : يجوز أن يتزوج امـرأتين إحداهما على صداق مـسمى ، والأخرى على تفويض في عقد واحد ، وكذلك لو جمعهما في عقد واحد تفويضاً ، قاله أبو عمران .

---

(١) «الجامع» (٤/ ٢٦١) .

وَالْمُسْتَوْفَاة طَلَاقاً - وَهُوَ ثَلَاثَةٌ لِلْحُرِّ وَاثْنَان لِلْعَبْد - لا تحلّ بعَقْد وَلا ملْك حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ نكَاحاً صَحِيحاً لازماً وَيَطَأُهَا وَطْئاً مُبَاحا عَلَى الْمَشْهُورِ ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ : وَلَوْ فِي الْحَيْضِ وَالإِحْرَامِ وَالصِّيَام .

هذا راجع إلى قوله في الموانع: (**وَالْمُسْتَوْفَاةِ طَلَاقاً**) وقوله : (**لا تحلّ**) خبر عن (**الْمُسْتَوْفَاة**) .

وقوله : (**وَهُوَ ثَلَاثَةٌ**) جملة وقعت بين المبتدأ والخبر وهي تفسير لقوله : (**طَلَاقاً**) .

وقوله : (**لا تحلّ بعقْدٍ وَلا مِلْك**) يحتمل معنيين :

الأول : لا تحل بعقد الغير عليها أو بوطء سيدها للذي طلقها ثلاثاً ، وهو الأقرب .

والثاني : لا تحل بعقده هو عليها ، ولا يملكه هو لها ، ولا خلاف في ذلك كله عندنا لقوله تعالى : ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة : ٢٣٠] ولما في البخاري والموطأ ومسلم أن رفاعة طلق امرأته على عهد رسول الله ﷺ ثلاثاً فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فاعترض ولم يستطع أن يمسها ففارقها وأرادت الرجوع إلى رفاعة ، فقال لها ﷺ : « **لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة ، لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته** »(١) .

وذكر المصنف خمسة قيود لتحليل المبتوتة لمطلقها :

الأول : النكاح .

والثاني : الصحيح .

والثالث : اللزوم .

والرابع : الوطء .

والخامس : أن يكون مباحاً .

وبدأ بالكلام على الأخير طلباً للاختصار ، وهو إباحة الوطء ، وذكر أن المشهور اشتراطه خلافاً لابن الماجشون ، قال : لأنه وطء في نكاح لا حد عليه فيه ، وذاقت عسيلته فوجب أن تحل .

وظاهر كلامه: أن هذين القولين في كل صيام سواء كان واجباً أو تطوعاً ، أو في قضاء رمضان أو غيره ، وهو رأي الباجي .

---

(١) أخرجه مالك (١١٠٥) والبخاري (٢٤٩٦) ومسلم (١٤٣٣) .

ورأى غيره أنه ظاهر « المدونة » و« الموازية » واختاره ابن رشد ، وقال ابن حبيب بعد أن اختار قول ابن الماجشون : إن القولين فيما عدا صيام التطوع ، وقضاء رمضان ، والنذر غير المعين ، وأن الوطء في هذه يحل اتفاقاً .

واختاره اللَّخْمِيّ ، وهو عنده مذهب «المدونة» لأن الصيام يفسد في الثلاثة بأول الملاقاة؛ ولأن القضاء والنذر غير المعين مضمون بخلاف رمضان والنذر المعين فإنه وإن فسد بأول الملاقاة لكنه مخاطب بالإمساك عن التمادى.

وفي « العتبية »[1]: عن ابن القاسم أنه لا يحلها الوطء في رمضان ولا في نذر ، ووقف في صيام التطوع ، وعده ابن رشد ثالثاً .

أبو عمران : وإن وطئها قبل أن تغتسل من الحيض جرى على الخلاف في جواز وطئها حينئذ .

وَلا تَحِلُّ بِوَطْءِ مِلْك .

هذا راجع إلى القيد الأول وهو قوله : (**نِكَاحاً**) .

وَلا بِنِكَاحِ غَيْرِ صَحِيحٍ كَنِكَاحِ الْمُحَلِّلِ .

هذا راجع إلى قوله : (**صَحِيحاً**) ، ومثل المصنف بنكاح المحلل لشهرته وللاختلاف فيه ، ولأنه هو الغالب هنا ، وإلا فكل نكاح فاسد مساو له في عدم التحليل ولا إشكال في عدم الحلية في النكاح الذي يفسخ قبل الدخول وبعده ، وأما ما يفسخ قبل البناء فقط ، فقال الباجي[2]: إن وطئ بعد المرة الأولى وقع به الإحلال ، وأما أول وطء وهو الذي يفوت به النكاح فلم أر فيه نصا، وعندي أنه يحتمل الوجهين : الإحلال وعدمه . ولعله أشار إلى الخلاف المعلوم ، هل النزع وطء أم لا ؟ ودليلنا على فساد نكاح المحلل ما صححه الترمذي، وخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه، وأحمد في «مسنده »: « **لعن الله المحلل والمحلل له** »[3] ، وخرج الدارقطني وابن ماجه عن مشرح بن هاعان عن عقبة بن

---

(١) « البيان والتحصيل » (٦/ ١٩٥) .

(٢) « المنتقى» (٥/ ٩٣) .

(٣) أخرجه أبو داود (٢٠٧٦) والترمذي (١١١٩) وابن ماجه (١٩٣٥) وأحمد (٦٣٥) وأبو يعلى (٤٠٢) والبزار (٨٢١) والبيهقي في « الكبرى » (١٣٩٦١) من حديث عليّ رضي الله عنه. وصححه الألباني - رحمه الله - .

عامر قال : قال رسول الله ﷺ : « **ألا أخبركم بالتيس المستعار**» قالوا : بلى . قال : «**هو المحلل** » . ثم قال : « **لعن الله المحلل والمحلل له** »[١] .

عبد الحق : وإسناده جيد . ولا يقال: إنه ﷺ سماه محللاً ، لأنا نقول: إنما سماه على زعمهم .

وَالْمُعْتَبَرُ نِيَّةُ الْمُحَلِّلِ لا الْمَرْأَةِ .

وإنما اعتبرت نية المحلل لأن الطَّلاق بيده ، وهذا هو المعروف .

وفي « الطرر » : إذا نوى الإحلال من غير شرط لم تحل عند مالك ، وأحلها ذلك عند غير واحد من أصحابه ، وهو قول سالم والقاسم وأبي الزناد ويحيى بن سعيد قالوا كلهم: يجوز للرجل أن يتزوجها ليحلها إذا لم يعلم الزوجين وهو مأجور ، ونحوه في الزاهي لابن شعبان . انتهى. وقال صاحب « الكافي »[٢] : وقد قيل : ينبغي للأول إذا علم أن الناكح لها لذلك تزوجها ، أن يتنزه عن مراجعتها ، وكذلك المرأة إذا اشترطت ذلك أو نوته ، وقد قيل : إذا علم أحد الثلاثة بالتحليل فسخ النكاح وهذا شذوذ .

وفي « المتيطية » : إن نوى الناكح الإحلال للأول لم تحل له ، وعوقب هو ومن علم بذلك من الزوجة والولي والشهود .

ابن حبيب : وإن تزوجها فإن أعجبته أمسكها ، وإلا كان احتسب تحليلها للأول لم يجز ولا تحل للأول لما خالط نكاحه إياها من نية التحليل .

محمد : ولو قال المطلق : تزوجي فلاناً فإنه مطلاق ، حلت إن تزوجته ، وكذلك إن تزوجته هي لذلك ، وإن تزوجها ليمين لزمت .

ففي « البيان »[٣] :في ذلك ثلاثة أقوال :

الأول : يحلها كانت تشبه مناكحه أو لا ؛ لأنه نكاح ، ولو شاء أن يقيم عليه لأقام ، وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك .

---

(١) أخرجه ابن ماجه (١٩٣٦) والحاكم (٢٨٠٤) والدارقطني (٣/ ٢٥١) والبيهقي في « الكبرى» (١٣٩٦٥)، وقال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

وحسنه الألباني – رحمه الله –.

(٢) « الكافي » (ص / ٢٣٧) .

(٣) « البيان والتحصيل » (٤/ ٣٨٦) .

الثاني : إنه لا يحلها مطلقاً غير أنها إن لم تشبه مناكحه لم يبر ، وإن أشبهت بَرَّ ، وهو قول ابن دينار ، وأحد قولي ابن كنانة ، ولو أقامت عنده سنتين أو أكثر .

الثالث : الفرق بين أن تشبه مناكحه أو لا ، وهو أحد قولي ابن كنانة .

وَيُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا قَبْلَ الْبِنَاء وَبَعْدَهُ بِتَطْلِيقَةٍ بَائِنَةٍ ، وَلَهَا الْمُسَمَّى إِذَا أَصَابَهَا عَلَى الأَصَحِّ، وَقِيلَ : صَدَاقُ مِثْلِهَا ......

نص مالك على أنه يفرق بينهما قبل البناء وبعده ، ولم يتعرض للطلاق ، وفسر ابن المواز بأنه يفسخ بطلاق إن أقر بذلك قبل البناء وبعد العقد ، قال : وأما إن أقر بذلك قبل النكاح فليس بنكاح ، يعني : فيفسخ بغير طلاق .

الباجي(١) : وعندي أنه يدخله الخلاف في النكاح الفاسد المختلف في فساده ، هل يكون بطلاق أم لا ؟ وهو تخريج ظاهر ، وقول المصنف : (بَائِنَة) ظاهر ؛ لأنه من الطَّلاق الذي يوقعه الحاكم ، واختلف إذا فسخ بعد البناء فروى ابن عبد الحكم : لها صداق المثل.

وقال ابن المواز : بل المسمى وهو قول مالك .

الباجي(٢) : وهو الأظهر لأن فساده في عقده ، وهو الذي قال المصنف: إنه الأصح .

ابن عبد السلام : وهذا الاختلاف جار على الاختلاف في الأنكحة الفاسدة للشرط فأنتج له ذلك ؛ أنَّا إذا فسخناه لنية الزوج الثاني التحليل ، ولا شرط هناك أن يكون المسمى اتفاقا وإليه أشار . انتهى .

وإذا فرق بينهما فأراد المحلل أن يتزوجها بعد ذلك ، فقال مالك : له ذلك .

وروى أشهب : أحب إليَّ ألا ينكحها أبداً ، قال : ويجب عليه أن يأتي الأول فيعلمه أنه قصد تحليلها ليمتنع من نكاحها .

وَلا تَحِلُّ الذِّمِّيَّةُ بِنِكَاحِ الذِّمِّيِّ لِفَسَادِهِ عَلَى الْمَشْهُورِ .

هذا من معنى الذي قبله ، ومعناه :إذا كانت ذمية تحت مسلم ، وطلقها ثلاثاً وتزوجها ذمي فلا تحل لمسلم بعد فراق الذمي لها على المشهور ، والقول بتحليلها لأشهب ، وهو

(١) « المنتقى » (٥/ ٧١) .

(٢) « المنتقى » (٥/ ٧١) .

مبني على الشاذ عندنا في أن أنكحة الكفار صحيحة ، و(**عَلَى الْمَشْهُورِ**) يحتمل أن يتعلق بـ (**لا تَحِلُّ**) ويحتمل أن يتعلق بـ (**فَسَادِه**) .

ابن عبد السلام : وهو الأظهر؛ لأنه لو تعلق بـ (**لا تَحِلُّ**) كان الخلاف منصوصاً في نفي الحلية مع فساد أنكحتهم ، فلا يكون القول الشاذ سبباً . انتهى .

وقد يقال : إن قوله :(**لفَسَادِه**) إنما هو تعليل للمشهور فقط ، وليحيى بن يحيى قول ثالث : إن مات الذمي حلت وإن طلقها فلا .

وَلا بنِكَاحٍ غَيْرِ لازم كَنكَاحِ العَبْدِ الْمُتَعَدِّي ، ونكَاحِ ذَاتِ الْعَيْبِ ، أَوِ الْمَغْرُورَةِ ، أَوْ ذِي الْعَيْبِ ، أَوِ الْمَغْرُورِ إِلا إِذَا لَزِمَ بِإِجَازَةِ السَّيِّدِ ورضَا الزَّوْجِ أَوِ الزَّوْجَةِ ، ووَطِئَ بَعْدَ اللُّزُوم .

هذا راجع إلى القيد الثالث ، وقوله : (**الْمَغْرُورِ أَوِ الْمَغْرُورَةِ**) أي : بالحرية ، (**إِلاَّ إِذَا لَزِمَ بِإِجَازَةِ السَّيِّدِ**) راجع إلى العبد .

وقوله : (**ورضَا الزَّوْجِ أَوِ الزَّوْجَةِ**) راجع إلى صورتي العيب والغرر .

وقوله : (**ووَطِئَ بَعْدَ اللُّزُومِ**) يعني: في الخمسة ، وهذا ـ أعني: أنه لا تحل إذا أجيز النكاح بوطء سابق ـ هو المشهور ، وعن أشهب في العبد أنها تحل في الوطء المتقدم إذا أجازه السيد .

ومنشأ الخلاف: هل الخيار الحكمي كالشرطي أو لا ؟ فإن قلنا: ليس كالشرطي والأصل فيه اللزوم أحل وإلا فلا ، وانظر هل يتخرج على هذا قول بالإحلال وإن لم يجزه السيد ؟

وَيَكْفِي إِيلاجُ الْحَشَفَةِ أَوْ مِثْلِهَا مِنْ مَقْطُوعِهَا فِي الْقُبُلِ وَلَوْ كَانَ خَصِيا عَلَى الْمَنْصُوصِ

قوله : (**وَيَكْفِي إِيلاجُ الْحَشَفَةِ**) أي : ولا يتوقف الإحلال على الإنزال ، وفسر مالك رحمه الله في « الموازية » العسيلة المشترطة بالإيلاج ، وروى نحوه ابن مزين عن عيسى بن دينار سواء أنزل أو لم ينزل .

وقوله : (**فِي الْقُبُلِ**) ظاهر ؛ لأنها لا تذوق العسيلة إلا فيه .

وفهم من قوله : (**وَيَكْفِي إِيلاجُ الْحَشَفَةِ**) أن دون ذلك لا يكفي ؛ لأنه بين أنه أقل ما يكون به الإحلال .

ابن القاسم : ولو وطئ فوق الفرج ، فأنزل ودخل ماؤه في فرجها فأنزلت هي فلا يحصنها ولا يحللها .

وقوله : (**وَلَوْ كَانَ خَصِيا**) يعني قائم الذكر مقطوع الخصيتين ، والمنصوص مذهب «المدونة »[(١)] قيل : وسواء كان مقطوع الحشفة أو غير مقطوع .

وذكر بعضهم قولاً آخر أنها لا تحل ، وأما المجبوب فنص في « المدونة » أنها لا تحل به، قال فيها : لأنه لا يطأ .

وَالانْتِشَارُ شَرْطٌ فِي الْمَشْهُورِ .

لأن العسيلة لا تحصل إلا به ، والشاذ لابن القاسم في « الموازية » .

وَيُشْتَرَطُ: بُلُوغُ الزَّوْجِ عِنْدَ الوَطْءِ وإِطَاقَةُ الزَّوْجَةِ الْوَطْءَ .

قيد بلوغ الزوج بأن يكون عند الوطء ؛ لأنه لو حصل العقد قبل البلوغ ، والوطء بعده أحلَّ ، فإن وطئ قبل البلوغ لم تحل ، وهو بين على المشهور من عدم حده لو زنى حينئذ، وأجرى اللَّخْمِيّ وغيره على الشاذ القائل بحد المراهق قولاً بأن يكون وطؤه محللاً .

قوله : (**وإِطَاقَةُ الزَّوْجَةِ الْوَطْءَ**) أي : ولا يشترط بلوغها واحترز بذلك ممن لا تطيقه فإنه لا ينفع فهو كالعدم .

وَيُشْتَرَطُ عِلْمُ الزَّوْجَةِ خَاصَّةً بالْوَطْءِ ، وقَالَ أَشْهَب : عِلْمُ الزَّوْجِ ، وقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ لَوْ كَانَا مَجْنُونَيْنِ حَلَّتْ ......

الأول لابن القاسم ، ورأي أن الله ـ سبحانه ـ لما أضاف النكاح إليها بقوله : ﴿**حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ**﴾ الآية [البقرة : ٢٣٠] ، كانت هي المعتبرة .

ورأى أشهب: أن الزوج هو المعتبر لأنه الفاعل ، ورأى ابن الماجشون: أن الوطء سبب في الحلية من باب خطاب الوضع ، وهو لا يشترط فيه علم المكلف وهو أقيس .

ورأى اللَّخْمِيّ :أنها لا تحل إلا بأن يكونا عالمين لقوله ﷺ : « **حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك** »[(٢)] .

فَلَو ادَّعَت الْوطْءَ بَعْدَ الدُّخُول وأَنْكَرَهُ الزَّوْجُ ، فَثَالِثُهَا لابْنِ الْقَاسِمِ : إِنْ كَانَ بَعْدَ الطَّلَاق فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ، ورَابِعُهَا : يَبْنِي عَلَى الْمَسِيسِ فِي الصَّدَاقِ ....

---

(١) « المدونة » (٤/ ٢٨٧) .

(٢) تقدم تخريجه .

القــولان الأولان في « المدونة »[١] ففيــها : قال مالك : ومن بنى بزوجتــه ثم طلقها فادعت المسيس وأنكره لم يحلها ذلك لزوج كان طلقها ثلاثاً إلا بتقاررهما على الوطء .

وقال ابن القاسم : أما في الإحلال فلا أمنع المطلق منها وأدنيه ، وأخاف أن يكون إنكار الزوج لِيَضُرَّ بها في نكاحها ولا تكون بذلك محصنة .

وحكى المصنف القول الثالث عــن ابن القاسم ، وحكاه الباجي[٢] عن ابن وهــب وهو قريب لمالك في « الموازية » إلا أنه جعل اختلافهما بقرب الطلاق كاختلافهما قبله .

والرابع للباجي .

ومعنى : (**يَبْنَي عَلَى الْمَسِيسِ فِي الصَّدَاقِ**) أي: حيث يكون القول قولها في تكميل الصداق تحل ، والصداق يكمل بقولها إن خــلا بها خلوة الاهتداء ، وأما إن خلا بها خلوة زيارة، فالقول قول الزائر منهما ، وسيأتي .

اللخـمي : وقول مالك أحسن ؛لأن الحرمة متيقنة ، وإنكار الثاني يوجب شكا، قال : والإحــلال يصح بثلاثة شــروط : بشــاهدين على نكاح المحلل ، وامــرأتين على الخلوة ، وتصادق الزوجين على الإصابة ، فــإن لم يعلم التزويج إلا من قول المطلقة لم يقــبل قولها في الأمد القريب ، ويقبل في البعيد إذا كانت مأمونة .

واختلف في غــير المأمــونة ، فقال مــحمد : لا يقــبل قولهــا ولا يتزوجهــا الأول حتى يستخبر لنفسه ولو منعه السلطان حتى يعلم خبرها رأيت ذلك له .

وقــال ابن عبــد الحكم : لا يمنع إذا طال الأمد مما يمكن موت شهــودها وهي كالغريبة ، وإن كانا طارئين قــبل قبولهــما ومنعت في الأمــد القريب ؛ لأن عقــد النكاح والدخول لا يخــفى في الغالب عــلى الجيــران ، والمرأة تتــهم في الرجوع إلى الأول ، وإذا طال الأمــد تضعف التــهمــة ودينت الطارئة لتعــذر إثبات ذلك إلا أن يكون الموضع قــريباً ، وإذا علم النكاح ولـم يعلم الدخول حتى طلق لم تصدق أنه بنى بها؛ لأن ذلك مما لا يخفى وقد أتت بما لا يشبه .

أشهب في « المدونة »[٣] : ولو صدقها الثاني لم تصدق ، ولا تحل حتى تعلم الخلوة .

---

(١) « المدونة » (٤/ ٢٨٩) .

(٢) « المنتقى » (٥/ ٧٢) .

(٣) « المدونة » (٥/ ٣٢٤) .

وَفِيهَا : إِنْ لَمْ يَدْخُلْ وَمَاتَ وادَّعَتْ أَنَّهُ طَرَقَهَا لَيْلاً لَمْ تَحِلَّ بِذَلِكَ .

تصوره ظاهر ، ولعله نسبها « للمدونة » لأنها تقتضي بحسب المفهوم أنه لو كان حياً لصدقت إن وافقها الزوج ، وليس كذلك كما تقدم عن أشهب .

الرِّقُّ قِسْمَان : مَانِعٌ مُطْلَقاً فَلا يَنْكِحُ أَمَتَهُ ، ولَوْ مَلَكَ زَوْجَتَهُ أَوْ بَعْضَهَا بِشِرَاءٍ أَوْ مِيرَاثٍ أَوْ غَيْرِه انْفَسَخَ النِّكَاحُ ...

هذا راجع إلى أحد الموانع المتقدمة ، وهو ينقسم إلى قسمين كما ذكر : الأول : (**مَانِعٌ مُطْلَقاً**) أي :فلا يجوز بوجه من الوجوه ، وحكى اللَّخْمِيّ وابن يونس[١] وغيرهما الإجماع على أن الملك والزوجية لا يجتمعان لتنافي الحقوق ؛ لأن المرأة إذا تزوجت عبدها تطالبه بالنفقة للزوجية والخدمة للرق ، ويطالبها هو أيضاً بالنفقة للرق والخدمة للزوجية .

وقوله : (**ولَوْ مَلَكَ**) يعني: أن ملك أحد الزوجين لصاحبه مناف للنكاح ، ولو طرأ الملك إما بميراث أو غيره .

وينبغي أن يفهم قوله : (**فَلا يَنْكِحُ أَمَتَهُ**) على القن ومن فيها شائبة الحرية ؛ لأن أم الولد والمكاتبة والمدبرة والمعتقة إلى أجل والمعتق بعضها كالقن ، وكذلك نص مالك على أن المرأة لا تتزوج مكاتبها ، وأما من دفعت إليه جارية ليستخدمها فرأى بعضهم أنه يجري جواز نكاحها على الخلاف في حده إذا زنى بها ، فمن يقول بحده هنا يقول بصحة النكاح ومن يقول بسقوط الحد يقول بمنع النكاح .

ابن عبد السلام : وفيه نظر؛ لأنه لا يلزم من كون الحد ساقطاً بالشبهة فسخ النكاح بها وحيث ملك أحد الزوجين صاحبه ففي « الموطأ »[٢] : هو فسخ بغير طلاق ، وهو المعروف ، ونقل ابن سحنون أن الفرقة في ذلك طلاق .

فرع :

وهل يجوز للمكاتب والعبد أن يريا شعر سيدتهما ، أجازه مالك في « المدونة »[٣] بشرط: أن يكونا وغدين .

وقال ابن عبد الحكم : لا يجوز ولو كانا وغدين ، ولا يخلوان معها في البيت .

---

(١) «الجامع» (٤/٢٢٨) .

(٢) « الموطأ » (٢/٥٤٣) .

(٣) « المدونة » (٤/١٥٦) .

قال في « المدونة » : وإن كان لها فيه شرك فلا يرى شعرها وإن كان وغداً .

اللخمي : واختلف في عبد زوجها وعبد الأجنبي هل يدخل عليها ويرى شعرها ؟

واختلف في العبد الخصي الوغد ، قال مالك : لا بأس أن يرى الخصي شعر سيدته وغيرها ، وإن كان له منظر فلا أحبه ، وأما الحر فلا ، وإن كان وغداً .

وقال مالك في « العتبية »(1) : لا بأس أن يدخل على المرأة خصيها ، وأرجو أن يكون خصي زوجها خفيفاً ، وأكره خصيان غيره .

وقال أيضاً : لا بأس بالخصي والعبد أن يدخلا على النساء ويريا شعورهن إن لم يكن لهما منظر ، فجعل الخصي في القول الأول كغيره ممن لم يخص فمنعه إلا أن يكون ملكاً لها ولا منظر له ، وأباحه في القول الآخر إذا كان لزوجها ، وإن لم يكن وغداً ، ثم أجازه، وإن كان لأجنبي ، وأجاز دخول الخصي عليهن وإن كان حرا . انتهى .

وَلا صَدَاقَ قَبْلَ الْبِنَاء .

لأنه فسخ قبل البناء وكل فسخ قبل البناء فلا شيء فيه إلا نكاح الدرهمين على أصح القولين .

وَبَعْدَهُ كَمَالها .

أي : فإن استثنى الزوج المشتري المال كان الصداق له وإلا فهو لبائعها .

وَالْمَرْأَةُ فِي زَوْجِهَا كَذَلِكَ .

يعني : فلا يجوز أن تتزوج عبدها وما في معناه من مكاتب ونحوه ، ولو ملكته بشراء أو غيره انفسخ النكاح بغير طلاق .

فروع :

قال ابن القاسم في « الموازية » : وإن اشترى ابن زوج أمه أو امرأة أبيه انفسخ النكاح . وعن أشهب : لا ينفسخ .

وَلَوْ دَفعَتْ لِسَيِّدِهِ مَالاً عَلَى أَنْ يَعْتِقَهُ عَنْهَا فَكَذَلِكَ خِلافاً لأَشْهَب .

هذه المسألة وقعت في بعض النسخ ، ومعناها: أن الزوجة الحرة إذا دفعت مالاً لسيد زوجها ليعتقه عنها ، (فَكَذَلِكَ) أي : يفسخ النكاح كما لو اشترته ، وهو مذهب ابن

---

(1) « البيان والتحصيل » (٤/٣٠٥) .

القاسم ، وروى أشهب أنه لـم يستقر لها ملك عليـه ، وليس لها إلا الولاء كما لو أعـتقه السيد عنها من غير سؤالها .

وَلَوْ اشْتَرَتْ زَوْجَهَا وهِيَ غَيْرُ مَأْذُونٍ لَهَا فَرَدَّهُ السَّيِّدَ فَهُمَا عَلَى نِكَاحِهِمَا

لأنها لم يأذن لها سيدها في التجارة ، ورد السيد لم يتم الشراء .

وَقَالَ سَحْنُونٌ : لَوْ تَعَمَّدَ فَسْخَ نِكَاحِهِمَا بِبَيْعٍ لَمْ يَنْفَسِخْ

هذا الكلام لسحنون في « المدونة »(١) ، ونصه : وإن اشترته قبل البناء فلا مهر لها . سحنون : إلا أن يرى أنها وسيده اغتزيا فـسخ نكاحه فلا يجوز ذلك ، وتبقى زوجته ، إذ الطلاق بيد العبد فلا تخرج من عصمته بالضرر ، وقول سحنون تفسير .

وإِذَا وَهَبَ السَّيِّدُ لعَبْدِهِ زَوْجَتَهُ لِيَنْتَزِعَهَا مِنْهُ فَفِيهَا : وَلا يُنْتَزَعُ وَاسْتُدِلَّ بِهِ عَلَى جَبْرِ الْعَبْدِ عَلَى الْهِبَةِ ، وَقِيلَ : يُنْتَزَعُ ....

أي : إنه لا تتم الهبة ولا يفسخ النكاح ، ومن لازم عدم الفسخ عدم الانتزاع ، فيكون المصنف اكتفى بذكـر اللزوم عن ذكر الملزوم ، وقول ابن عبد السلام : وتعـبير المصنف عن فسخ النكاح بالانـتزاع - هو خلاف الاصطلاح - ليس بظاهر ؛ لأنا نـقول : لا نسلم أنه عبر بالانتزاع عن الانفساخ ، وإنما ذكر لازم عدم الانفساخ ، وإنما لم ينتزع لأن السيد قصد الضرر بالعبد بإخراج زوجته والضرر منتف لقوله ﷺ : « **لا ضرر ولا ضرار** »(٢) .

قال في « الجـواهر »(٣): ولأصبغ أن يكره له ذلك ابتداء ، فـإن فعل جاز ، وقال ابن الماجشون : إن كان مثله يملك مثلها فلذلك له ويفسخ النكاح .

محـمد : ولو لم يملك مثله مثلها فالهبة باطلة ، وقال ابن عبد الحكم : إن قصد الفرقة لم يجز . انتهى .

والأظهر هو المشهـور ، ولعل هذا الخلاف محمـول على ما إذا قصد السـيد إزالة عيب النكاح عن عبده ، إلا أن يحلهـا لنفسه ، ومثل المشهـور في هذه المسألة ما وقع لمالك في المرأة ترتد تريد بذلك فسخ النكاح أنها تبقى على عصمته .

---

(١) « المدونة » (٤/٢٧٧) .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) « الجواهر » (٢/٨٦) .

ابـن يونـس[١] : وأخذ به بعض أشياخنا ، قال : وهي كاشـترائها زوجها ، تقصد به فسخ نكاحها ، ونسب المصنف المسألة « للمدونة » لوجهين :

أحـدهمـا : إشارة إلى أن قول سحنون في المسألة الـسابقة هو المذهب ؛ لأن هذه تشبه تلك ، وعلى هذا فيتخرج الخلاف الذي في هذه على تلك .

والثاني : إشارة إلى أخذ ابن محرز منها أن للسيد أن يجبر عبده على الهبة .

ووجه هذا الاستدلال أن يقـال : إنما منع السيد من الانتزاع لقصده الضرر فـيقتضي أن السيد لو لم يقصد ضرراً لم يكن للعبد مقال ، وهو دليل على أنه له الجبر وإلا لكان للعبد ألا يقبل الهبة مطلقاً .

وَلا يَنْكِحُ أَمَةَ ابْنِهِ وَلَوْ كَانَ عَبْداً .

لأن أمة ابنه كـأمته لقوة شـبهة ملك الأب في مال الابن ، ولذلك قلنا : إذا وطـئها لا يحد ، واسم (كَـانَ) يحتمل أن يعود على الأب وهو الأقرب ؛لأن المسألة في « المدونة » وغيرها كذلك ، ويحتمل أن يعود على الابن .

المتيطي : وكره ابن عبد الحكم أن يتزوج الرجل أمة ابنه ، وإن وقع لم أفسخه .

وخالفه جميع أصحـابه ، وأجاز في « العتبية »[٢] للرجل أن يتزوج جـارية زوجته ، وعن ابن كنانة كراهته .

قال في « البيان »[٣] : مراعاة لقول من رأى أن للزوج شبهة في مال زوجته، فدرأ الحد عنه في وقوعه بجاريتها ، روي ذلك عن ابن مسعود وهو شذوذ ، والصحيح أنه لا كراهة في تزويجه إياها ، وأنه يحد إن واقعها كما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما.انتهى .

وهذا في جـارية لم تكن من الصداق ، وأمـا جارية الصـداق فيـجوز ذلك فـيها بـعد الدخول ، ومنع منه في « العتبية » قبل الدخول .

وخرج فيها صاحب « البيان »[٤] قولاً بالجواز من أحد القولين اللذين في « ثمانية أبي زيد » بوجوب الحد عليه لو زنى بها حينئذ .

---

(١) « الجامع » (٤/٢٢٩) .

(٢ ، ٣) « البيان والتحصيل » (٤/٣٠٧) .

(٤) « البيان والتحصيل » (٤/٣٠٨) .

وَيَمْلكُهَا بوَطْئه ، ويَسْقُطُ الحدُّ ويغْرَمُ قيمتهَا ، وتُبَاعُ إنْ أعْسَرَ مَا لَمْ تحمِلْ ، وقَالَ ابْنُ عَبْدِ الحكَمِ : لِلابْنِ التَّمَاسُكُ في عُسْرِ الأَبِ ويُسْرِهِ مَا لَمْ تَحْمِلْ ...

أي : يملك الأب جارية الابن بوطئه بغير نكاح ، وتحرم بذلك على الولد لما له في مال ابنه من الشبهة ، وتلزمه قيمتها حملت أم لا ، كان مليئاً أو معدماً .

ونص سحنون على أنه إذا أعطى قيمتها لا يطؤها إلا بعد أن يستبرئها من مائه الفاسد .

قوله : (**وتُبَاعُ إنْ أَعْسَرَ مَا لَمْ تَحْمِلْ**) يعني : إذا ألزمنا الوالد القيمة فإن كان مليئاً أخذت منه ، وإن كان معدماً بيعت عليه إلا أن تكون حملت فلا تباع ، وهي له أم ولد لا يحل نقل ملكه عنها ، ورأى ابن عبد الحكم: أن للابن أن يتماسك بجاريته إذا لم تحمل في عسر الأب ويسره ؛ لأن الأب قد عيب ملكه ، وإخراج ملكه عنه بغير اختياره ضرر ، قال هو وعبد الملك : وذلك إذا كان الابن مأموناً عليها .

فَإنْ كَانَ الابْنُ وَطِئَهَا وَقَد استَوْلَدَهَا أَحَدُهُمَا حَرُمَتْ عَلَيْهِمَا وَتُعْتَقُ .

هذا من باب اللف والنشر ، فإن الحرمة عليهما مرتبة على الوطء ، والعتق مرتب على الاستيلاد ، وإنما عتقت بالولادة ؛لأن كل أم ولد حرم وطؤها ينجز عتقها ، كما لو أولد محرماً غير عالم ، ثم تبين ذلك لأن أم الولد إنما لسيدها فيها الاستمتاع ، فإذا حرم لم يبق لبقائها فائدة .

وبهذا التقدير يندفع قول ابن عبد السلام : وظاهر كلام المصنف: أنها لا تحرم إلا بمجموع وطئها والاستيلاد .

ولم يبين المصنف على من تعتق ؛ والحكم أنها تعتق على الابن إن كان أولدها قبل وطء والده ، والأب قد أتلفها عليه بوطئه فيغرم قيمتها أم ولد لأنا لو أعتقناها على الأب كنا ناقلين ولاء أم ولد عمن استولدها ، وإن كان الابن وطئها ولم تحمل منه ثم وطئها أبوه وحملت منه غرم قيمتها أمة وعتقت عليه .

قَالَ ابْنُ القَاسِمِ : ويَتَزَوَّجُ العَبْدُ ابْنَةَ سيِّدِه ، واستَثْقَلَهُ مَالكٌ .

هذا في « المدونة » [1]ويتصل بقول ابن القاسم فيها : برضا مولاه ، ورضاها به ، فأخذ منه أن العبد ليس بكفء للحرة ، وأنه لا بد من رضاهما .

---

(١) « المدونة » (٤/ ٢٠٠) .

عيـاض : وأخذ منها بعضهم أيضا أنه ليس له أن يجـبر البكر لاشتراط رضاها ، قال : والظاهر أنه في غير البكر ، والله أعلم .

واستثقال مالك على الكراهة .

ابن محرز : لأنه ليس من مكارم الأخلاق ، ومؤد إلى التنافر ؛ لأن الطباع مجبولة على الأنفة من ذلك .

وقـال ابن يونس : إنما استثقله خـوف أن ترثه الابنة فيفسخ النكاح ، وانظر على الأول هل يتعدى ذلك إلى عبد غير أبيها ؟

ابن عبد السلام : وفيه احتمال .

عيـاض : الأول هو الصحيح ؛ لأن مالكاً أجاز للرجل أن يتزوج أمة أبيه ، وقد يموت أبوه فيرثها .

وأجـاب في « النكت »[١] عن هذا: بأن النكاح إذا انفسخ هـنا لم يبطل الوطء؛ لأنها تبقى له يطأها بملك اليمين بخلاف الأولى،ورد ابن محرز جواب عبد الحق بوجهين :

الأول : أن الابن قد يكون مـعه ورثة غيـره فلا يحل له وطؤها ، وقد أجـاز أن يتزوج الرجل أمة زوجته وهو لا يحوز ميراثها إذا مات فوطؤها لا يحل له بالميراث ، والأحسن أن التعليل بكراهية النكاح إنما هو لما يعرض له من الحل بالميـراث ، فلا فرق بين أن تصير بعد الفسخ مباحة الوطء أو محرمة ؛ لأن الفسخ حاصل .

قال في « النوادر »[٢]: عن ابن القاسم : ومن زوج ابنته لمكاتبه أو ابنه لمكاتبته فلا بأس به، وقد استثقله مالك ، قال : فإن مات السيد فسخ النكاح والكتابة قائمة .

وحكى اللَّخْمِيّ قولا آخر: إنه لا يفسخ؛ لأنه إنما ورث الكتابة وهي دين ، فإن عجزت فحينئذ يفسخ النكاح ، وكأنه سلك في القـول الأول مسلك الاحتياط؛ لأنه لو ورث كتابة أخيه فإنه يسقط عنه الأداء،وإن كان مالاً خاصة ، ولم يجروه مجرى الديون فكذلك هنا .

الثَّانِي : مَانِعٌ عَلَى جِهَةٍ ، فَلا يَنْكِحُ الْحُرُّ الْمُسْلِمُ مَمْلُوكَةَ الْغَيْرِ إلا بِشَرْطِ عَدَمِ الطَّوْلِ وخَوْفِ الْعَنَتِ وكَوْنِهَا مُسْلِمَةً ، ورُوِيَ : بِشَرْطِ الإِسْلامِ فَقَطْ ...

يعني : أن هذا القسم لا يستقل الرق بالمانعية بل لا بد من أوصاف :

---

(١) « النكت والفروق » (١/٢١٦) .

(٢) « النوادر والزيادات » (١٢/٣٩٣) .

الأول : أن يكون الزوج حرا ،فلو كان عبداً جاز له أن يتزوج أمة الغير من غير شرط .

وقوله : (**المُسْلِمُ**) زيادة بيان ، وإلا فالكافر لا يجوز له أن يتزوج المسلمة أصلاً .

الثاني : أن يعدم الطول .

الثالث : أن يخاف العنت .

الرابع : أن تكون الأمة مسلمة ، ولا خلاف في اشتراط الإسلام لقوله تعالى : ﴿ **مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ** ﴾ [النساء : ٢٥] .

وأما عدم الطول وخوف العنت فالمشهور اعتبارهما لقوله جل جلاله : ﴿**وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً**﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ **لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ** ﴾ [النساء : ٢٥] وأكثر قول مالك موافق للمشهور ، وأكثر قول ابن القاسم موافق للشاذ ؛قاله اللخمي ، ونص ابن حبيب وغيره على أن هذه الآية محكمة .

عبد الحق [١]: وهو قول علي وابن عباس وابن مسعود ـ رضي الله عنهم ـ وهو قول أصحاب مالك ، ورواه ابن وهب عن مالك .

وقال سحنون ومحمد : إن قوله تعالى : ﴿**وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ**﴾ [النور : ٣٢] ناسخة لها . وحكاه محمد عن مالك .

الباجي[٢] : وفيه نظر ؛ لأن النسخ لا يثبت إلا بدليل ؛ ولأن قوله تعالى : ﴿**وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ**﴾ [النور : ٣٢] عامة و ﴿**وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ**﴾ [النساء : ٢٥] خاصة ، والخاص مقدم على العام تقدم أو تأخر .

وذهب بعضهم - وهو اختيار ابن لبابة - إلى أن الآية لا تقتضي منع نكاح الإماء مطلقاً، وإنما هو لما كانوا عليه من الكراهة والتنزيه عن ذلك لأجل استرقاق الولد ، أعلمهم الله أن ذلك خير من الزنا ، وما قاله بعيد من لفظ الآية، قاله في « التنبيهات » .

وإذا فرعنا على المشهور من المنع إلا بالشرطين فهل هو تحريم أو كراهة ؟

الباجي[٣] : وفي « المدونة » ما يدل على القولين؛ لأن مالكاً قال فيمن تزوج أمة على

---

(١) « النكت والفروق » (٥/٢١٧) .

(٢) « المنتقى » (٥/٩٥) .

(٣) « المدونة » (٥/٩٥) .

حرة فرق بينه وبين الأمة ، وبه قال أشهب وابن عبد الحكم ، ثم رجع فقال : تخير الحرة، وأجاز ابن القاسم فقوله بإيجاب الفسخ يقتضي التحريم ، ومنع الفسخ مع منع النكاح أولاً يقتضي الكراهة .

خليل : ولقائل أن يقول : لا يلزم من عدم الفسخ الكراهة لاحتمال أن يقول ابتداء بالمنع وبعدم الفسخ مراعاة للخلاف فانظره .

وَالطَّوْلُ : قَدْرُ مَا يَتَزَوَّجُ به الْحُرَّةَ الْمُسْلِمَةَ ، وقيلَ : أَوْ يَشْتَرِي به أَمَةً ، وقَالَ ابْنُ حَبِيب: وقُدْرَتُهُ عَلَى النَّفَقَةِ وَالسُّكْنى ، وقيلَ : أَوْ وُجُودُ الْحُرَّةِ في عِصْمَتِه لا الأَمَةِ ، وقيلَ : أَو الأَمَةِ، فلِذَلِك جَاءَ في نِكَاحِه الأَمَةَ مَعَهَا عَاجِزاً عَنْ حُرَّةٍ أُخْرَى قَوْلانِ ، وجَازَ مَعَ الأَمَةِ اتِّفَاقاً ، وقِيلَ : الطَّوْلُ مَا يُتَوصَّلُ بِهِ إِلَى دَفْعِ الْعَنَتِ ، فَيَجُوزُ أَنْ يَنْكِحَ أَمَةً يَخَافُ الْعَنَتَ فِيهَا وَاجِداً أَوْ مُتَزَوِّجاً .....

هذا تفسير للطول ، والطول لغة : الفضل والسعة ، قال الله تعالى : ﴿ **اسْتَئْذَنَكَ أُوْلُوا الطَّوْلِ مِنْهُمْ** ﴾ [التوبة : ٨٦] ، واختلف علماؤنا في المراد في قوله تعالى : ﴿**وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً**﴾ [النساء : ٢٥] ففي « المدونة »[١] : الطَّول : المال ، وليست الحرة تحته بطول، وروى ابن المواز عن مالك أن الطول وجود حرة في عصمته .

ومقتضى كلام المصنف أن هذا القول يوافق الضمير قبله لعطفه بـ (أَوْ) ، واستشكله الباجي[٢] بأنه لا يعلم اسم الطول يقع على الحرة في كلام العرب ولأنه تعالى قال : ﴿**وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ**﴾ [النساء : ٢٥] فجعل الطول يتوصل به إلى نكاح الحرة ، ولو كانت الحرة طولاً لم يجعله شرطاً في الوصول إليها ؛ لأنه لا يصلح أن يقال : ومن لم يستطع منكم حرة أن ينكح حرة ، قال فمن قال : إن الطول المال ، فالنكاح عنده بمعنى العقد ، ومن قال: الطول الحرة فالنكاح عنده بمعنى الوطء ، وإذا فرعنا على أن الطول المال ، فروى محمد : أنه إذا لم يجد إلا مهر حرة ولا يجد ما ينفقه عليها ليس له أن يتزوج الأمة ، وهذا هو القول الذي قدمه المصنف .

ابن حبيب في « واضحته » : وقال لي أصبغ : وعدم الطول ألا يجد ما يصلح به نكاح الحرة من مهر ونفقة ومؤونة .

(١) « المدونة » (٢٠١/٤) .
(٢) « المنتقى » (٩٧/٥) .

وعلى هذا ففي قوله: قال ابن حبيب نظر لأنه لم يقله وإنما رواه .

اللخمي : وهو أبين؛ لأن القدرة على الصداق دون النفقة لا تفيده ؛ لأن من حق الزوجة أن تقوم بالطلاق إذا علمت أنه عاجز إلا أن يجد من يتزوجه بعد علمها بذلك ،قال صاحب « المقدمات »[1] : إن ما رواه ابن حبيب أصح مما رواه محمد ، وكذلك حمل غيرهما قول ابن حبيب على الخلاف ، والقول بأن الطول ما يشتري به أمة لم أقف عليه ، وكذلك القول بأن وجود الأمة في عصمته طول ، وقاله ابن راشد .

والقول بأن الطول (**مَا يُتَوصَّلُ به إِلَى دَفْعِ الْعَنَت**) وهو الذي حكاه المصنف آخر كلامه لأشهب،وقوله : (**فَلِذَلِك جَاءَ فِي نِكَاحِه الأَمَة مَعَهَا عَاجِزاً عَنْ حُرَّة أُخْرَى قَوْلان**) أتى بالفاء المؤذنة بترتيب هذا على ما قبله ، والضمير في (**مَعَهَا**) عائد على (**الحُرَّة**) أي : إن بنينا على المشهور من أن وجود الحرة تحته ليس طولاً جاز له نكاح الأمة ، وإن بنينا على أنه طول لم يجز ذلك .

الباجي[2] : ويتحصل في نكاح الأمة على الحرة ثلاث روايات :

إحداها : لا يجوز وإن عدم الطول الذي هو المال وخاف العنت لأن الحرة تحته طول .

والثانية : يجوز وإن لم يعدم طولاً ولا خاف العنت .

والثالثة : يجوز مع عدم الطول وخوف العنت ، ولا يجوز مع وجود الطول وأمن العنت ، والأولى بطريق المصنف في الاختصار إسقاط هذا الفرع ؛ لأنه لو سكت عنه أخذ مما قبله ، وعلى هذا التقدير فيكون تقدير كلام المصنف : فلذلك جاء في جواز نكاح الأمة مع الحرة ، ويحتمل أن يقدر : جاء في صحة ، ويكون هذا أولى ؛ لأن كلامه أولاً لا يستلزم الكلام على الصحة ويؤيد هذا التقدير ما يأتي له بعد من قوله : (**وإذا تزوج الحر الأمة على الحرة وأمضى على المشهور**) .

تنبيه :

قوله في أول المسألة : (**مَا يَتَزَوَّجُ بِه الْحُرَّةَ الْمُسْلِمَةَ**) يقتضي أنه لو قدر على حرة كتابية لا يكون طولاً وهو كذلك ، نص عليه ابن العربي .

وفي «التنبيهات »: اختلف العلماء في القدرة على نكاح حرة كتابية هل هو مع ذلك

(١) « المقدمات » (١/٢٤٣) .

(٢) « المنتقى » (٥/١١٢) .

طول أم ذلك خاص بحرائر المسلمات ؛ لتخصيص الله تعالى لهن في الآية ؟ والذي نصره الطبري وحذاق الشافعية أنهن المسلمات؛ لأنهن بمعناهن ، ولأن علة المنع إرقاق الولد في الإماء ، وهو غير موجود في حرائر الكتابيات ، وقد نص مالك في « المبسوط » على هذه العلة - أعني : إرقاق الولد في الإماء - وطرد أصله عليه فأجاز نكاح الابن أمة أبيه ، إذ ولده منها يعتق على جده ، وكذلك يأتي في إماء الأجداد والأمهات والجدات ، وعلى هذا المعنى حمل مسألة الابن في المدونة حذاق شيوخنا أنها جائزة ابتداء مع وجود الطول وأمن العنت .

وقال ابن عبد السلام : ما ذكره المصنف من اشتراط الإسلام هو خلاف إطلاقاتهم ، واختار بعضهم ما قاله المصنف ، بل نص بعضهم على أنه متفق على عدم اشتراطه ، وظاهر الآية يوافق ما قاله المصنف . انتهى .

ولأجل أن العلة إرقاق الولد قال اللَّخْمِيّ : يجوز نكاح الأمة في ثلاث صور :

الأولى : إذا كان الولد حرا كما في أمة الأب .

والثانية : نكاح من لا يخشى منه الحمل كالعنين والشيخ الهرم .

والثالثة : العبد .

ابن بشير : ما قاله في الثالثة صحيح ، وأما في الأوليين فقد يقال : لا يلزم لاحتمال أن يقال إنما مستند القائل بالمنع الآية ، ثم عضد ذلك بالتعليل ، ولو سلم استناد الحكم إلى التعليل فبين الأصوليين خلاف في لزوم عكس العلة الشرعية .

وأيضاً فقد ذكر اللَّخْمِيّ علة أخرى للمنع وهي أن الأمة تنقطع إلى السيد فلا يؤمن عليها، وقد علم قلة تصونهن قال: وهذه العلة ترد ما قاله من الجواز في الصورتين الأوليين.

خليل : وفي قول ابن بشير هذه العلة ترد ما قاله من الجواز في الصورتين الأوليين نظر؛ لأنه يقتضي أنه لا يجوز تزويج أمة الأب بدون الشرطين ، وهو خلاف نص مالك ، وما حمله عليه الحذاق كما تقدم من كلامه في « التنبيهات » .

وذكر في « البيان »[1] الاتفاق على جواز نكاح الحصور وغيره ممن لم يولد له الأمة بدون الشرطين .

(١) « البيان والتحصيل » (٤/٢٨٨) .

وقوله : (وجَازَ مَعَ الأَمَة اتِّفَاقاً) أي : المملوكة ، ولا يقال : هذا يناقض ما تقدم له من قـوله : (وقِيـلَ : أَوِ الأَمَةِ) لأن الكلام المتقدم في الأمة المتـزوجة وهذا في المملوكة ، وكذلك أيضاً لا يقال : هو يرد ما تقدم لـه ، وأن الطول ما يشتري به أمة ، لأن الثمن إذا عد طولاً فهي أولى كما قاله ابن راشد ، ولأنا نقول: هذه الأمة لما كانت مملوكة تحقق فيها عدم الكفاية ، بخلاف الثمن فإنه يحتمل إذا اشترى به الأمة أن تعفه وتكفيه .

وقـوله :(فَيَجُوزُ أَنْ يَنْكِحَ أَمَةً يَخَافُ الْعَنَتَ فِيهَا وَاجِـداً أَوْ مُتَزَوِّجاً) هو تفـريع على القول الأخير ، والله أعلم .

وَلَوْ لَمْ يَجِدْ إِلا مُغَالِيَةً بِسَرَفٍ نَكَحَ الأَمَةَ عَلَى الأَصَحِّ .

معناه: إذا بنينا على أن الطول المال ، وكان له مـال ، ولكنه لم يجد إلا من طلبت مالاً كثيراً يخـرجه إلى السرف ، فالأصح أن ذلك عذر يبيح له نكاح الأمـة قياساً على الماء في التيمم والنعلين في الحج . وقيل : لا يكون عذراً قـياساً على قولهم في الظهار: إنه يلزمه شراء الرقـبة ولو بجمـيع ما معـه ، ولا ينتقل إلى الصـوم ، وكذلك في كفـارة اليمين ، ويرجح الأول بأن رده إلى التـيمم أولى ؛ لأن كلاً منهـما لم يدخله المكلف على نفـسه ، ولأن الظهار لما كان محرما فعله عوقب بذلك ، ويعترض على هذا باحتمال أن يكون ذلك في التيمم لتكرره .

تنبيه :

لا فرق فيما يقدر به علـى نكاح الحرة بين أن يكون عرضاً أو نقداً أو ديناً على مليء ، أو مما يمكن بيعه أو إجارته ، رواه عبد الملك عن مالك .

عبد الملك : والكتابة طول ؛ لأنها يمكن بيعها كالدين المؤجل ، وليس المدبر والمعتق إلى أجل طولاً ؛ لأنه لا يمكن بيعه .

واستـشكله الباجي[1] بأنه يمكن بيع منافعه وإجـارته المدة غير الطويلة وليس الدين على العديم طولاً ولا عبده الآبق وإن قرب إباقه .

فرع:

إن بنينا على القول بجواز نكاح الأمة بدون الشـرطين جاز له أن يتزوج أربع إماء ، وإن

(١) « المنتقى » (٥/ ١١٢) .

قلنا: إنه لا يجوز إلا مع وجودهما ، فكم يباح له ؟ أما إن لم يأمن العنت إلا بنكاح أربع فله نكاحهن ، وإن تزوج واحدة واستغنى بها ، فهل يجوز أن يتزوج ثانية ؟ حكى ابن بشير وابن شاس في ذلك خلافاً ، والقول بعدم الجواز في « الواضحة »، والقول بالجواز هو ظاهر « الموازية » .

تنبيه:

والذي رأيت في الباجي[1] في معنى قولنا : «واستشكله الباجي» : أن مراده إن لم يكن عنده ما يتوصل به إلى نكاح حرة ، ومعنى ذلك: أن ما أمكن أخذ ثمنه والمعاوضة به فيبلغ به طولاً ولم يبلغ ، ولم يمكن ، فليس بطول ، والمدبر لا يمكن بيع رقبته ، ولا منافع المدة الطويلة ؛ لأن أمره مترقب لجواز أن يموت أو يمرض ، فترد الإجارة ؛ فلذلك لا يعد طولاً. انتهى .

وَالْعَنَتُ الزِّنَا .

لما فسر الطول فسر (**وَالْعَنَتُ**) وهو ظاهر .

وَلَوْ جَمَعَ بَيْنَ مَنْ لا يَجُوزُ لَهُ الْجَمْعُ فِي عَقْدٍ بَطَلَ فِي الأَمَةِ ، وفِي الْحُرَّةِ قَوْلانِ ...

يعني : لو تزوج حرة وأمة في عقد واحد ، وكان ممن لا يجوز له الجمع لفقدان الشرطين بطل نكاح الأمة لعدم شرطه ، (**وفِي الْحُرَّةِ قَوْلانِ**) : الصحة لابن القاسم ، والبطلان لسحنون ، واحتج سحنون بأنها صفقة جمعت بين حلال وحرام ، وما هذا شأنه يبطل الجميع على المشهور .

وهل قول سحنون محمول على عدم التسمية ؟ وأما لو سمى لصح أو لو سمى للشيوخ قولان ، أرجحهما الثاني ؛ لأن التسمية لكل واحدة لا توجب امتيازها بعقدة ، وبعض من تأول على سحنون التفرقة بين التسمية وعدمها لم يجعل بين ابن القاسم وسحنون خلافاً ، وحمل كلام ابن القاسم على التسمية وكلام سحنون على عدمها .

وَلَوْ جَمَعَ بَيْنَ مَنْ يَجُوزُ لَهُ فَكَجَمْعِ أَرْبَعٍ .

هذا الفرع يأتي على القول بأن الطول ما يتوصل به إلى دفع العنت ، فعلى هذا القول يجوز له الجمع .

---

(١) « المنتقى » (٥/١١٢) .

ابن شاس [١] : وكذلك يأتي على المشهور ، وإذا قلنا: إن الطول المال ، وعدم طول حرتين ولم تكف واحدة قيل: لا خيار لها .

قوله :(**فَكَجَمْعِ أَرْبَعٍ**) ،أي : إن سمى لكل واحدة صداقاً صح . . إلخ ، وقد تقدم .

وَإِذَا تَزَوَّجَ الْحُرُّ الْحُرَّةَ عَلَى الأَمَةَ لَمْ يُفْسَخْ نِكَاحُ الأَمَةَ عَلَى الأَصَحِّ ، وَرَجَعَ عَنْهُ ، وَقَالَ : لِلْحُرَّةَ الْخِيَارُ مَا لَمْ تَعْلَمْ ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ : تُخَيَّرُ فِي نِكَاحِ الأَمَةِ ، وَقِيلَ : لا خِيَارَ لَهَا لِتَفْرِيطِهَا فِي الاسْتِعْلامِ .....

يعني : إذا تزوج أمة بوجه جائز ، ثم تزوج حرة ، فهل يفسخ نكاح الأمة ؟ الأصح وهو المشهور :أنه لا يفسخ ؛ لأن الشروط المتقدمة إنما هي في ابتداء النكاح لا في استدامته ومقابل الأصح حكاه اللخمي عن ابن حبيب .

وحكى ابن رشد[٢] قولاً بأنه يفارق الأمة بمجرد حصول الطول ، قال : وأما إن ذهب عنه العنت بزواج الأمة فليس عليه أن يفارقها قولاً واحداً .

وفي قول المصنف :(**ورَجَعَ عَنْهُ**) نظر ؛ لأنه يقتضي أن مالكاً رجع عن الأصح إلى الفسخ ، وهذا لا يعلم لمالك ، وإنما مراده :أنه لا يفسخ ولا خيار للحرة ، ثم رجع عنه إلى ثبوت الخيار للحرة ، وهكذا ذكر اللخمي وغيره .

وعلى هذا فالقول المرجوع عنه هو القول الذي حكاه المصنف بقوله : (**وقِيلَ : لا خِيَارَ لَهَا لِتَفْرِيطِهَا فِي الاسْتِعْلامِ**) واستشكل اللخمي هذه العلة ، فقال: ليس هذا التعليل بالبين؛ لأن تزويج الحر الأمة نادر ، والنادر لا حكم له ، وأشار إلى أنه يمكن أن يعلل قول مالك بعدم الخيار باختلاف العلماء فإن بعضهم أجازه .

ابن عبد السلام : ويوهم قول المصنف : (**وقَالَ : لِلْحُرَّةَ الْخِيَارُ**) مع قوله : (**وقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ : تُخَيَّرُ فِي نِكَاحِ الأَمَةِ**) أن الوجه الذي خيرها فيه مالك غير الوجه الذي خيرها فيه ابن الماجشون ، وليس كذلك بل هما شيء واحد .

خليل : قوله: يوهم ،ليس بظاهر ، بل هو صريح في ذلك ، وكأنه - والله أعلم - إنما قاله لأنه لم يجد قول ابن الماجشون .

وحكى ابن راشد عن ابن الماجشون مثل ما حكاه المصنف عنه من أن الحرة تخير في

---

(١) «عقد الجواهر» (٢/ ٤٤١) .

(٢) « المقدمات » (١/ ٢٤٣) .

فسخ نكاح الأمة ، فإنه قال : وإذا قلنا: إن للحرة الخيار فهل في نفسها ؟ وهو قوله في «المدونة» أو في نكاح الأمة ؟

وحكى ابن الماجشون وفي « اللباب » : قال بعض المعترضين : هذا ما نقله ابن يونس(١) عن عبد الملك ، ولم يقله عبد الملك ،ولا أحد من أهل العلم .

وقد قال ابن حارث : الاتفاق على أن للحرة الخيار في نفسها إن شاءت أقامت ، وإن شاءت طلقت نفسها ،ولم يذكر أن لها الخيار في فراق الأمة، ويؤيده ما حكاه الباجي.

قال ابن الماجشون والمغيرة : إنما يكون الخيار للحرة في أن تقيم أو تفارق إذا كانت هي الداخلة على الأمة ، وأما إن كانت الأمة هي الداخلة على الحرة فالخيار لها في نكاح الأمة، فهذا نص قول ابن الماجشون في أن الخيار لها في نفسها لا في الأمة. انتهى كلام ابن راشد بمعناه .

تنبيهان :

الأول : ما نقله عن ابن الماجشون إن كان مستنده فيه غير كلام ابن يونس فظاهر ، وإن كان إنما مستنده كلام ابن يونس ، وهو الذي يؤخذ من كلامه ففي ذلك نظر ؛ لأن ما نقله ابن يونس عن عبد الملك يحتمل أن يعود على هذه الصورة وعلى عكسها .

الثاني : إن ثبت قول عبد الملك كما ذكره ابن راشد فيصح كلام المصنف كما قدمناه من نص كلامه ، وكذلك رأيته في بعض النسخ ، ولكن الذي رأيت في النسخ المنسوبة إلى الصحة : وقال ابن الماجشون : تخير في نفسها ، فيقتضي أن يكون مالكاً خيرها في نكاح الأمة ، فيكون المصنف نسب لمالك عكس مذهبه .

ووقع في بعض النسخ : وقال ابن الماجشون : تخير في نفسها كما تقدم ، أي: تقدم في القسم ، فإن ابن الماجشون يرى أن للحرة ليلتين وللأمة ليلة واحدة ، ولا اعتراض عليه على هذا .

وَإِذَا تَزَوَّجَ الحُرُّ الأَمَةَ عَلَى الحُرَّةِ وَأُمْضِيَ عَلَى المَشْهُورِ ، فَفِيهَا : تُخَيَّرُ فِي نَفْسِهَا وَلا يُقْضَى إلا بِوَاحِدَةٍ بَائِنَةٍ بِخِلافِ المُعْتَقَةِ تَحْتَ العَبْدِ ، وَقِيلَ : كَالمُعْتَقَةِ ، وَقَالَ ابْنُ المَاجِشُونِ:تُخَيَّرُ فِي نِكَاحِ الأَمَةِ .....

هذه المسألة عكس الأولى ، والمشهور: الإمضاء بناء على أن الحرة تحته ليست بطول ،

(١) «الجامع» (٤/ ٢٣١ ـ ٢٣٢) .

وعلى القول بأنها طول يفسخ النكاح ، وقد تقدم ذلك ، ثم ذكر أن مذهب « المدونة »: أنها تخير في نفسها إن شاءت أقامت ، وإن شاءت فارقت .

ووجهه: أن الخيار لإزالة الضرر عنها ، ولا تخير فيما يضر غيرها .

ووجه قول ابن الماجشون: أن الضرر الذي دخل عليها إنما هو من جهة الأمة ، فيكون لها إزالته ، وأما الخيار في فسخ نكاح نفسها فليس ذلك إزالة ضرر ، بل زيادة فيه .

صاحب « البيان »[1] : وهذا التخيير إنما هو بناء على القول بأنه لا يجوز نكاح الأمة إلا بشرطين ، وأما على القول بأن الحر يتزوج الأمة وإن كان واجداً للطول آمنا من العنت كالعبد ، فلا كلام للحرة إن تزوج الأمة عليها أو تزوجها على الأمة ؛ لأن الأمة على هذا القول من نسائه كالعبد ، هذا الذي تدل عليه ألفاظ «المدونة» لصعوبة الفرق بينها وبين المعتقة تحت العبد .

وتأول التونسي أن الحق في ذلك للحرة على القولين جميعاً ، وهذا إنما يصح على قول ابن الماجشون الذي يرى أن الخيار للحرة إذا تزوج العبد عليها أمة أو تزوجها على الأمة ، ولعل المصنف نسب المسألة « للمدونة » لصعوبة الفرق بينها وبين المعتقة تحت العبد والجامع بينهما ظاهر ، وهو أن الطَّلاق فيهما شرع لدفع الضرر ، وقد سلم في « المدونة » ذلك إلا أنه فرق لوجود الحديث في مسألة المعتقة على خلاف القياس ، أعني حديث زيد .

والشاذ حكاه ابن يونس[2] عن محمد ، فقال : وقال ابن المواز : إن فسخت بالثلاث لزمت ، وقد أساءت ، وقاله أصبغ .

قَالَ مَالِكٌ : والْخِيَارُ قَوْلُ الْعُلَمَاءِ ، وفِي الْكِتَابِ حِلُّهُ ، قَالُوا : يعني : ﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَىٰ﴾ الآيَة .

هذا في « المدونة » متصل بالمسألة الأولى ، وهي ما إذا تزوج الحر الحرة على الأمة ، ونص «المدونة »: وإنما جعلنا لها الخيار لما قالت العلماء قبلي ، ولولا ذلك لأجزته؛ لأنه حلال في كتاب الله عز وجل .

واختلفوا هل أراد مالك بالحلال في كتاب الله تعالى نكاح الزمة بدون الشرطين ، وهو تأويل المتقدمين وأكثر المتأخرين ، أو أراد به عدم تخيير الحرة إذا تزوجها على الأمة ، لأنه قد تزوج الأمة بوجه جائز ، وتزويج الحرة بعد ذلك داخل في عموم قوله تعالى: **﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾** [النساء : ٣] ، وهو تأويل اللخمي .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/ ٣٩٠) . (٢) «الجامع» (٤/ ٢٣١) .

واختلف الأولون في تعيين محله من كتاب الله ـ عز وجل ـ فتمسك أكثرهم بالعمومات كقوله تعالى : ﴿فَانكحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء : ٣] وقال محمد : أراد قوله تعالى : ﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ [النور : ٣٢] ، وقد تقدم أن محمداً قال : هذه الآية ناسخة لآية : ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً﴾ [النساء : ٢٥] وقد تقدم ما يتعلق بالنسخ ، وسئل ابن القاسم عن الآية التي أرادها مالك فقال : لا أدري .

ولما كان التمسك بهذه الآية ضعيفاً ؛ لأنه ليس فيها إلا الأمر بالنكاح في كل أيم ، وهو مطلق في كل من ينكح منه ، هل هو حر أو عبد ، رجل أو امرأة ؟ إذ الأيم يطلق على الرجل والمرأة ، فيكون مضمون الآية : أنكحوا الأزواج الذين لا زوجات لهم ، والزوجات اللاتي لا أزواج لهن ، ولأنه قيل: إن المراد بالأيم المتوفى عنها قال المصنف : قالوا : تبرأ من ذلك .

تنبيه : قد يتوهم من قول مالك : ولولا ذلك لأجزته ، أنه قلد العلماء وليس كذلك ، بل المعنى : ولولا ما قالته العلماء واطلعت على مدرك أقوالهم ، ورأيتها صواباً ووافق اجتهادي اجتهادهم لأجزته .

وَلَوْ تَزَوَّجَ أَمَةً ثَانِيَةً وَكَانَتْ عَالِمَةً بِوَاحِدَةٍ لا اثْنَتَيْنِ فَكَذَلِكَ .

أي : فيكون لها الخيار ؛ لأنها تقول : إنما رضيت بواحدة ، وإنما علمت بواحدة .

ابن الجلاب[١] : ولو كانت تحته أمتان ، فعلمت الحرة بإحداهما ، ولم تعلم بالأخرى لكان لها الخيار على إحدى الروايتين ، ولا خيار لها على الرواية الأخرى ، وقد يؤخذ هذا من قول المصنف (**فَكَذَلِكَ**) .

وَلا خِيَارَ لِلْحُرَّةِ تَحْتَ العَبْدِ فِي الْجَمِيعِ عَلَى الْمَنْصُوصِ .

قوله: (**فِي الْجَمِيعِ**) أي: في الأربع صور فيما إذا تزوجها على أمة ، أو تزوج أمة عليها أو تزوجها على أن تحته أمة فإذا له أمتان ، أو تزوج ثانية عليها .

قال في « المدونة »[٢] : إذ الأمة من نسائه .

وقال ابن الماجشون : إذا تزوج أمة عليها أو تزوجها على أمة فلها الخيار ، وهذا مقابل المنصوص ، ولا يقال : كيف يصح أن يكون مقابل المنصوص قولاً منصوصاً ، لأنا نقول :

---

(١) «التفريع» (١/٣٩٣) . (٢) « المدونة » (٤/ ٢٧٠) .

قد تقدم غير مرة أن المصنف لم تطرد له قاعدة في ذلك، وأيضاً فإنه لما لم ينص عبد الملك على الخيار إلا في الصورتين المذكورتين وخرج من قوله الخيار في بقية الصور صح أن يقال: (عَلَى الْمَنْصُوصِ) إذا لم يوجد في جميع الصور قول مخالف للمشهور إلا بالتخريج.

وَلا يَبْطُلُ اسْتِخْدَامُ الأَمَةِ بِالتَّزْوِيجِ.

يعني: أن حق سيد الأمة في استخدامها لا يبطل بتزويجها لأن زوجها الحر أو العبد دخل على ما ثبت لسيدها، ولأن حق الزوج إنما هو في الاستمتاع.

وَلا تَتَبَوَّأُ مَعَهُ بَيْتاً إِلا بِشَرْطٍ فَإِنْ تَشَاحَّا فَعَلَى الْعُرْفِ.

التبوُّ: هو أن تنفرد معه في بيت، يعني: على الزوج أن يأتي إليها في بيت السيد، ولو طلب التبوّ لم يكن له ذلك؛ لأن ذلك يبطل حق السيد في جميع الخدمة وأكثرها.

ابن عبد السلام: وإن شرط الزوج أن تتبوأ معه فظاهر كلامهم: أن لسيدها فيها من الاستخدام ما لا يشغلها عن زوجها.

وقال ابن الماجشون: ترسل إلى زوجها ليلة بعد ثلاث فتكون عنده تلك الليلة، ويأتيها زوجها عند أهلها فيما بين ذلك.

وقوله: (فَإِنْ تَشَاحَّا) أي: طلب السيد خدمتها وطلب الزوج الاستمتاع بها فإنه يحكم في ذلك بحكم العادة الجارية في ذلك.

وَلِلسَّيِّدِ السَّفَرُ بِهَا، وَلا يُمْنَعُ الزَّوْجُ مِنْ صُحْبَتِهَا.

يعني: وله أيضاً بيعها ممن يسافر بها، وسواء شرط أن تأوي إليه ليلاً أو لا، إلا أن تتبوأ معه بيتاً فلا يكون للسيد السفر بها، نقله ابن عبد السلام عن غير واحد.

وَنَفَقَتُهَا تَلْزَمُهُ مُطْلَقاً عَلَى الْمَشْهُورِ.

أي: ونفقة الزوجة الأمة تلزم الزوج (مُطْلَقاً)، أي: سفراً وحضراً على المشهور.

المتيطي: ولا خلاف أعلمه إذا تزوج حر أمة، وشرط أن تكون الزوجة عنده أو شرطت النفقة عليه أن للزوجة على الزوج النفقة. ونحوه للخمي، قالا: واختلف إذا لم تكن عنده ولا اشترطت عليه على خمسة أقوال، فقال في «المدونة»[1]: لها النفقة؛ لأنها من الأزواج، يريد: لأنها داخلة في عموم الآية.

(١) «المدونة» (٤/٢٥٥).

وقال في « كتاب محمد » : لا نفقة لها ، ولو كانت تأتيه إذا أرادها ، وقال أيضاً : لا نفقة لها إن كان يأتيها ، وإن كانت تأتيه فذلك لها ، قال ابن الماجشون : لها النفقة في الوقت الذي تكون عنده .

وقال في « الواضحة » : نفقتها وكسوتها على أهلها ، وعليهم أن يرسلوها في كل أربع ليال، وعليه نفقة تلك الليلة ويومها ، وإذا ردها في صبيحتها فجعل لها النفقة في ذلك اليوم بغير كسوة ، والأول أحسن لعموم الآية .

اللخمي : ويختلف إذا كانا عبدين فعلى القول أن لا نفقة على العبد للحرة لا تكون لها وإن كانت أمة ، وعلى القول أن ذلك عليه للحرة يختلف إذا كانت أمة ، والمدبر والمعتقة إلى أجل كالأمة يختلف فيهما ، والمكاتبة وأم الولد كالحرة ، وهذا الكلام مخالف لكلام المصنف .

أما أولا : فلأن المصنف أطلق الخلاف وظاهره سواء تبوأت أو لا .

وأما ثانيا : فلأن كلامه يقتضي أن هذه الأقوال إنما هي إذا كان الزوج عبداً ؛ لأنه سيحكيها فيه، واللخمي والمتيطي إنما ذكرا الخلاف في الحر وجعل اللخمي ذلك في العبد مخرجاً ، وكذلك حكى ابن بشير هذه الأقوال فيما إذا كان الزوج حراً ، ولم يجعل إذا تبوأت بيتاً متفقاً عليه بل جعله قولاً بالفرق .

فَإِنْ كَانَ عَبْداً فَفِي مَالِهِ كَالْمَهْرِ ، وَثَالِثُهَا :إِنْ تَبَوَّأَتْ مَعَهُ بَيْتاً لَزِمَتْهُ ، وَرَابِعُهَا : إِذَا بَاتَتْ لَزِمَتْهُ ..

قد تقدم أن مجموع الأقوال إنما هي إذا كان الزوج حراً ، وأن اللخمي أشار إلى تخريج الخلاف ، والذي رأيت هنا قولين :

أحدهما : مذهب « المدونة » الوجوب ، ففيها[1] : وتلزم العبد نفقة امرأته حرة كانت أو أمة ، ولو كانت الأمة تبيت عند أهلها .

وأشار المصنف إلى توجيه المشهور بقوله : **(كَالْمَهْرِ)** أي : كما أن المهر الذي هو عوض عن أول الاستمتاع على الزوج فكذلك تكون النفقة عليه التي هي عوض عن دوام الاستمتاع .

---

(١) « المدونة » (٤/ ٢٥٥) .

اللخمي : وقال أبو مصعب : لا نفقة عليه ، وقال في « الموازية » : أحب إليَّ إذا نكح أن تشترط عليه النفقة بإذن سيده ، ويرى أن ذلك إشكال فتشترط ليندفع الإشكال، واختلف في اشتراط النفقة على السيد ، فمنعه في «الموازية» ، وأجازه أبو مصعب .

اللخمي : وأرى للزوجة النفقة على العبد إذا كان تاجراً أو متصرفاً لنفسه بماله ، فإن كان عبد خدمة لم تطلق عليه لعدم النفقة ، وقد قال مالك في الحر يتزوج الحرة وهي تعلم أنه فقير : فلا تطلق عليه ، فالعبد أحرى ، وحيث أوجبنا على العبد فقد تقدم أنها لا تكون في خراجه ولا كسبه .

وَمَهْرُ الأَمَةِ كَمَالِها ، وعَنْهُ: أَنَّهُ يَلْزَمُهُ تَجْهِيزُهَا بِهِ ، فَقِيلَ: اخْتِلافٌ، وَقِيلَ: إِنْ تَبَوَّأَتْ بَيْتاً

قوله : (**كَمَالِها**) أي وله انتزاعه ، وهو ظاهر ما في النكاح الثاني من « المدونة » ، فقد نص مالك على أنه إذا باعها السيد لغير الزوج أن الصداق للبائع ، بنى بها الزوج أم لا ، وإلا أن يشترطه المبتاع ، ونص أيضاً على أنه إذا أعتقت أمة تحت عبد بعد البناء وقد كان زوجها فرض لها أن المهر لها إلا أن يشترطه السيد فيكون له ، وكذلك إذا أعتقها فمهرها يتبعها إلا أن يكون السيد أخذه قبل العتق أو اشترطه فذلك له .

ابن يونس : وهذا يدل على أن للسيد حبس صداقها ويتركها بلا جهاز .

وقال في كتاب الرهون : ما ذكره المصنف بقوله : (**وَعَنْهُ أَنَّهُ يَلْزَمَهُ تَجْهِيزُهَا بِهِ**) وذهب الأكثرون إلى أن ذلك خلاف قول .

ووفق بعضهم بينهما فحمل ما في الرهن على أنها تبوأت بيتاً ، وما في النكاح على أنها لم تتبوأ ، وبعضهم يحمل ما في النكاح على أن السيد جهزها من ماله ، وما في الرهون على أنه لم يجهزها من ماله .

وما في « الموازية » : أن له أن ينتزعه إلا قدر ربع دينار .

أصبغ : وهذا عندي في عبده ، وأما الأجنبي وعبد أجنبي فعليه أن يجهزها ، وقاله ابن عبد الحكم ، وصرح بعضهم بأن قول أصبغ قول ثالث في أصل المسألة .

وفي « الموازية » الفرق فإن باعها سيدها كان الصداق له بخلاف إن لم يبع ؛ يريد فيجهزها به ، ووجهه: أن السيد مالك لعين الصداق ، ولكن للزوج فيه حق وهو التجمل كالحرة ، فرجح جانب الزوج قبل البيع لأن فيه جمعاً لحقيهما ، أما الزوج فظاهر ، وأما

السيد فلأن ما في ملك أمته كملكه ، وأما إذا باع فيتعذر الجمع بينهما فيقدم السيد ترجيحاً لمالك العين على مالك المنفعة .

وأشار ابن عبد السلام إلى أنه يمكن حمل مسألتي « المدونة » على هذا .

وَلَوْ قَتَلَهَا السَّيِّدُ لَمْ يَسْقُطْ بَنَى أَوْ لَمْ يَبْنِ .

هكذا في « الموازية » ووجهه : أنه لا يتهم السيد في قتل أمته ليأخذ الصداق .

اللخمي : ويلزم عليه لو كانت حرة فقتلت نفسها ألا يسقط الصداق عن الزوج ، والقياس في جميع هذه الأشياء ألا شيءَ على الزوج ؛ لأن البائع إذا منع المبيع فلا يستحق الثمن وبمنزلة أن لو كانت حية فمنعت نفسها .

وفي « المدونة »[1] : إذا باعها بموضع لا يصل إليها الزوج ، فعلى الزوج الصداق للبائع ويتبعه به أو بنصفه إن طلق قبل البناء ، ويقال للزوج : إن منعوك منها فخاصمهم .

عياض : ومعناه أن مشتريها سافر بها إلى موضع يشق على الزوج إتيانه لضعفه ، ولو كان لا يصل إليها لظلم مشتريها أو لكونه لا ينتصف منه لم يكن على الزوج صداق ، بل إن قدر على البائع قضى عليه برده إن كان قبضه ، ويبقى النكاح منعقداً ، فمتى قدر على الوصول إلى زوجته دفع الصداق ، وقاله أبو عمران .

وَلَهُ مَنْعُهَا مِنْهُ حَتَّى يَقْبِضَ صَدَاقَهَا .

نحوه في « المدونة » يعني : ولسيد الأمة منع الزوج منها حتى يقبض الصداق ، كما أن ذلك للحرة ، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى .

وَلَهُ أَخْذُهُ إلا قَدْرَ مَا تَحِلُّ بِهِ عَلَى الْمَنْصُوصِ .

يعني : لسيد الأمة أخذ جميع الصداق إلا ربع دينار على المنصوص ، أي: المنصوص لمالك في «الموازية »ولسحنون . وأشار ابن عبد السلام إلى أن مقابل المنصوص مخرج من قوله في «المدونة »: ومهر الأمة كمالها ، أي : فيتخرج منه أن له أخذ الجميع .

وأشار إلى أن كلامه ليس تكراراً مع ما قدمه من قوله : (**وَمَهْرُ الأَمَةِ كَمَالِهَا**) بل أفاد بها فائدتين :

---

(١) « المدونة » (٤/ ٢٤٩) .

الأولى : يعلم من هذا أن مذهبه حمل القولين المتقدمين على الخلاف .

والثانية : التنبيه على القول المقابل للمنصوص .

خليل : ولا شك أن قوله : (**وَلَهُ أَخْذُهُ إلا قَدْرَ مَا تَحِلُّ بِهِ**) مخالف للقول الذي يقول: إنه يلزمه تجهيزها به ، وعلى كلام ابن عبد السلام فيكون الراجح في فهم ما وقع في النكاح الثاني أن مهر الأمة كمالها ، حمله على الموافقة لما في « الموازية » وفيه نظر ، بل ظاهر قوله :(**كَمَالِهَا**) ، أن له أخذ الجميع ، وهو الذي نص عليه صاحب « البيان »[1] أعني: أن ما في « الموازية » مخالف لما في « المدونة » وكذلك المفهوم من كلام ابن يونس وغيره . نعم ما قاله ابن عبد السلام هو الذي يؤخذ من كلام المصنف ؛ لأنه إن لم يحمل كلامه هنا على أنه مقيد للقول بأن مهر الأمة كمالها لزم أن يكون ما ذكره هنا مخالف لما ذكره في « المدونة » في النكاح والرهون ، ومثل هذا لا يقال فيه منصوص .

وَلَهُ أَنْ يَضَعَ مِنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِهَا .

يريد: بشرط ألا ينقص عن ربع دينار ، وزاد ابن عبد السلام شرطاً آخر وهو: ألا يكون عليها دين يغترق مالها .

وَلَوْ بَاعَهَا سَقَطَ حَقُّ السَّيِّدَيْنِ مِنْ مَنْعِ تَسْلِيمِهَا لتأخيره ؛ لِسُقُوطِ تَصَرُّفِ الْبَائِعِ ، ولا مَهْرَ لِلْمُشْتَرِي ....

يعني : لو باعها سيدها قبل الدخول سقط حق السيدين البائع والمشتري من منع تسليمها للزوج حتى يقبض صداقها ؛ لسقوط تصرف البائع لكونها لم تبق في ملكه ولا مهر للمشتري ؛ لأن الأمة إذا بيعت فمالها للبائع وعلى هذا فيكون للمشتري المنع إذا اشترط المال .

وَلَوْ بَاعَهَا لِلزَّوْجِ قَبْلَ الْبِناء سَقَطَ الصَّدَاقُ عَلَى الْمَنْصُوصِ ، وَعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ : لَوِ اشْتَرَاهَا مِنَ الحَاكِمِ لِتَفْلِيسٍ قَبْلَ الْبِناء فَالْمَنْصُوصُ عَلَيْهِ نِصْفُ الصَّدَاقِ ، وَلا يَرْجِعُ بِهِ ، فَقِيلَ : اخْتِلافٌ ، وَقِيلَ : لا يَرْجِعُ بِهِ مِنَ الثَّمَنِ لأَنَّهُ إِنَّمَا يُفْسَخُ بَعْدَ الْبَيْعِ ....

المنصوص في « المدونة »[2]، ونصها : ومن تزوج أمة ثم اشتراها من سيدها قبل البناء فلا صداق لها ، ولو قبضه السيد رده؛ لأن الفسخ من قبله .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/٣٩٥) .

(٢) « المدونة » (٤/٢٥١) .

وروى أبو زيد عن ابن القاسم في « العتبية »[١] في من تزوج أمة ثم فلس السيد قبل البناء فباعها عليه السلطان فاشتراها زوجها : أن الصداق للبائع .

ابن يونس : يريد نصف الصداق ، ولا يرجع به الزوج؛ لأن السلطان هو الذي باعها بخلاف بيع السيد ، وإلى هذا أشار بقوله : **(وَعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ)** والذي حمله على الخلاف أبو عمران ،ورأى أن بيع الحاكم وصف طردي ، وضعف ما في « العتبية » .

وعلى هذا فيتخرج من كل واحدة قول في الأخرى ، وإلى هذا أشار المصنف بقوله: **(عَلَى الْمَنْصُوصِ)** وقيل : ليس بخلاف ، ومراد المصنف من قوله : **(لا يَرْجِعُ بِهِ)** النفي المقيد ؛ أي : لا يرجع به الآن من الثمن ، وليس مراده أنه لا يرجع به مطلقا . ثم ذكر المصنف السبب في ذلك ، فقال : **(لأَنَّهُ إِنَّمَا يُفْسَخُ بَعْدَ الْبَيْعِ)** أي : النكاح إنما يفسخ بعد حصول البيع وتقرره ، والبيع موجب لدفع الثمن بكماله ، وأخذ الصداق إنما طرأ بعد فسخ النكاح المتأخر عن البيع .

ابن عبد السلام : وهو أقرب لأصل ابن القاسم لما نص عليه في كتاب العتق من «المدونة»[٢] في من باع عبده سلعة بأمره ثم أعتقه السيد ، ثم استحقت السلعة ولا مال للسيد فليس للمبتاع رد العتق لأنه دين لحق السيد بعد إنفاذ العتق .

وكلامه في « البيان »[٣] يدل على أن المسألتين ليستا بخلاف مع إبقاء كل واحدة على ظاهرها لأنه قال : قوله : ولا يرجع بالصداق، يريد: بنصفه لكون المسمى لا يجب جميعه إلا بالموت أو بالدخول ، وإنما لم يرجع بالنصف؛ لأن الفراق جاء من قبله إذا اشتراها وهو يعلم أنها امرأته وتحرم عليه باشترائه إياها فأشبه الطَّلاق قبل الدخول .

ولو اشتراها من السلطان وهو لا يعلم أنها امرأته لحرمت ورجع بجميع الصداق على السيد؛ لأنه تحريم لم يتعمده .

يبين هذا ما في كتاب النكاح من « المدونة »[٤] : أن الرجل إذا تزوج المرأة ولم يدخل بها حتى تزوج أمها وهو لا يعلم فبنى بها أن البنت تحرم عليه ، ولا يكون لها عليه من

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٥/ ٢٨١) .

(٢) « المدونة » (١٤/ ٣١٦) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١٥/ ٢٨١) .

(٤) « المدونة » (٤/ ٢٧٧) .

الصداق نصف ولا غيره لأنه تحريم لم يتعمده ، وهو محمول على أنه لم يعلم أنها زوجته حتى يعلم أنه علم ، فإن ادعى أنه لم يعلم أنها زوجته حلف على ذلك ورجع بجميع الصداق .

وفي كتاب النكاح الثاني من « المدونة »[1] : أن السيد لا شيء له من الصداق إذا باعها منه قبل الدخول ، وهو دليل قوله هنا ؛ لأن السلطان هو الذي باعها عليه وإنما لا يكون له من الصداق شيء إذا باعها منه ، وإن كان الزوج عالماً أنها زوجته؛ لأنه لما كان أملك بالبيع غلب أمره على أمر الزوج ، فجعل كون الفسخ والتحريم جاء من قبله دون الزوج ، ولو باعها السيد ممن اشتراها للزوج وهو لا يعلم لكان له نصف الصداق بمنزلة ما إذا باعها السلطان ، ولعيسى في كتاب القطعان : أن بيع السلطان كبيع السيد ، ويرجع بجميع الصداق ، وهو بعيد . انتهى .

خليل : وتحصيل المسألة أن في بيع السلطان قولين : ما في « العتبية » وقول عيسى ، ثم اختلف هل ما في « العتبية » مخالف لما في « المدونة » وأن الجاري على ما في «المدونة» في مسألة السلطان أن لا شيء على الزوج أو لا ؟ تأويلان .

وعلى الثاني : فاختلف في كيفية الجمع هل لأنه دين طرأ بعد انفساخ النكاح ؟ أو لأن التحريم في مسألة السلطان لم يتعمده السيد ؟ وذكر ابن عبد السلام أن ابن الجلاب حكى في المسألة الأولى إذا اشترى الزوج من السيد وجوب نصف الصداق ، ولم أر ذلك في شيء من نسخ ابن الجلاب ، بل نص فيها على خلافه .

وَمَهْرُ مَنْ بَعْضُهَا حُرٌّ كَمَالِ ذَاتِ شَرِيكَيْنِ يُقَرُّ بِيَدِهَا ، وَلا يُنْتَزَعُ مِنْهُ شَيْءٌ إلا بِرِضَاهَا بِخِلافِ أَرْشِ جِرَاحِهَا فَإِنَّهُ يُقَاسِمُهَا ...

يعني : ومهر الأمة التي بعضها حر كمهر الأمة المشتركة ؛ لأنها كشريك لسيدها ، والحكم في الأمة المشتركة أنه يبقى بيدها ، وليس لأحدهما انتزاعه إلا بإذن صاحبه ، قالوا: والقول قول من أبى القسمة ، ولا يجبر عليها كما يجبر في سائر مال الشركة ؛ لأن ذلك عيب في الأمة ، فصار كالمشترك الذي يتعيب بالقسمة .

وقوله :(**إلا بِرِضَاهَا**) عائد على (**مَنْ بَعْضُهَا حُرٌّ**) ، وفي بعض النسخ: « إلا برضاهما» فيعود على الشريكين .

---

(١) « المدونة » (٤/ ٢٧٣) .

ويعلم منه الحكم فيمن بعضها حر ، بخلاف أرش جراحها فإنه يقاسمها ؛ لأن الأرش ثمن عضو هو بينهما ، وما ذكره في الجناية من المقاسمة هو المشهور الذي رجع إليه مالك في « المدونة »[1] ، قال فيها : وكان يقول بأخذ الأرش كله من له الرق .

وَلَوْ قَالَ : أَعْتَقْتُك لِتَتَزَوَّجِينِي ؛ لَمْ يَلْزَمْهَا الْوَفَاءُ ، وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ لِعَبْدِهَا

لأنها ملكت نفسها بالعتق ، والوعد لا يقضي به .

قال في « المتيطية »: وعدم اللزوم وهو المشهور المعمول به ، وأنه لا بد من رضاها .

وحكى بعض الأندلسيين في أحكامه عن ابن القاسم : أنه يزوجها من نفسه بغير رضاها، وليس عليه العمل .

الْكُفْرُ : كِتَابِيٌّ وَمَجُوسِيٌّ فَيُقَرَّانِ وَزِنْدِيقٌ وَمُرْتَدٌّ فَلا يُقَرَّانِ .

هذا أيضاً من الموانع وفيه حذف مضاف ، أي : ذو الكفر ؛ لأن الكتابي صاحب الكفر لا نفس الكفر .

ابن عبد السلام : وجعل من عدا الكتابي من الكفار مجوسيا ، وهو اصطلاح منه ، وقد يؤخذ ذلك من كلام كثير من الفقهاء ، والمجوسي أخص من ذلك ؛لأن الوثني ليس بمجوسي ، والأمر في ذلك قريب ، وهذا كالمقدمة لأن الكلام في النكاح فرع الثبوت على ذلك الدين .

وَيَجُوزُ نِكَاحُ الْمُسْلِمِ الْكِتَابِيَّةَ الْحُرَّةَ إلا الأَمَةَ ، وَلَوْ كَانَ الْمُسْلِمُ عَبْداً .

دليله: قوله تعالى : ﴿**وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ**﴾ [المائدة : ٥] ، ولا يجوز نكاح الحرة المجوسية على المعروف ، وحكى ابن القصار وغيره قولاً بالجواز بناء على أحد القولين أن لهم كتاباً .

اللخمي : واختلف في الصابئة والسامرية ، فقيل: الصابئة : صنف من النصارى ، والسامرية : صنف من اليهود ، وقيل : ليسوا منهم ، فعلى الأول تجوز منكاحتهم وعلى القول الآخر لا تجوز ،فلا يجوز أيضاً نكاح الأمة الكتابية؛ لأن الله تعالى منع نكاح المشركات ولم يستثن إلا الحرائر ؛ ولأنه يلزم منه إذا كانت ملكاً لكافر إرقاق الولد له .

---

(١) « المدونة » (٤/ ٢٦٣) .

قال في « المتيطية » : وهذا هو المشهور من قول مالك وابن القاسم المعمول به .

وقال أَشْهَب في « كـتاب محمد » في من أسلم وتحـته أمة كتابية : لا يفـرق بينهما ، ونقله أيضاً اللخمي وغيره .

وَلَيْسَ لَهُ مَنْعُهَا مِنْ خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ أَوْ كَنِيسَةٍ ، وَلِذَلِكَ كَرِهَهُ مَالِكٌ ....

لأنه لما تزوج الكتابية فقد دخل على أنها باقية على دينها ، واستيلاء الزوج على زوجته كاستيـلاء الإمام على أهل الذمة ، فكما أن عقـد الذمة لهم لا يمنعهم من ذلك ، فكذلك عقد النكاح ، ونص مالك في « العـتبية »[١] على أن من تزوج نصرانيـة فصامت مع أهل دينها أنه لا يفطرها .

مـــالك : ولا أرى أن يكرهها على ما عليه أهل دينهـا ، ولا على أكل ما يجتنبون في صيامهم أو ما يجتنبون أخذه رأساً .

قال في « البـيان »[٢] في باب الصيام : وهذا مما لا اختلاف فـيه أنه ليس له أن يمنعها مما تتشرع به .

واختلف هل يمنعها من شرب الخمر وأكل الخنزير ؟ ففيها : لا يمنعها .

وفي « الموازية » : له منعــهـا من الخمـر والخنزير؛ لأن ذلك ليس من دينهـا ، وله أن يمنعها من الكنيسة إلا في الفرض .

قوله : (**وَلِذَلِكَ كَرِهَـهُ مَالِكٌ**) يقتضي أن مالكاً إنما يكره نكاح الكتابيات لذلك ؛ لأن تقديم المعمول يشعر بالحصر ، وهو كذلك ففي « المدونة »[٣] : ويجوز للمسلم نكاح حرة كتابيـة وإنما كرهه مالك ولم يحرمـه لما تتغذى به من خمـر أو خنزير وتغذي به ولده وهو يقبل ويضاجع .

فإن قلت: ذكر في « المدونة» للكراهة ثلاثة أسباب: أكلها الخنزير ، وتغذية ولدها به ، وكونه يقبل ويضاجع .

قـيل : أما الثالث وهو كونه يقبل ويضـاجع فلا حاجة إلى ذكره ؛ لأن ذلك لازم مع الزوجية .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٥/ ١٤١) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٢/ ٣١٥) .

(٣) « المدونة » (٤/ ٢٩٨) .

وأما الثاني وهو تغذية الولد به فهو غير محقق لعدم تحقق سببه ، وهو وجود الولد ، فلذلك اقتصر المصنف على الأول .

ومقتضى كلامه في « المدونة »: أن ابن القاسم لا يوافق مالكاً على الكراهة .

المتيطي : وقيل إنما كره ذلك لأنهن قد يمتن وهن حوامل من المسلم فيدفن في مقابر المشركين وهي حفرة من حفر النار .

وقال عبد الحميد : إنما كره ذلك لأنه سكون إلى الكفار ومودة لهن ؛ لأن الله تعالى قال في الزوجين : ﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الروم : ٢١] وذلك ممنوع لقوله تعالى : ﴿لا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ الآية [المجادلة : ٢٢]: فهذا إن لم ينتج التحريم فلا أقل من الكراهة .

وَيُكْرَهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ لِلْوَلَدِ .

قال في « المدونة »[1] : وكره مالك نكاح نساء أهل الحرب لترك ولده بدار الكفر ، وأنا أرى أن يطلقها ولا يقضي عليه .

ولما كانت المفسدة التي تنشأ في تربية الولد بدار الحرب شديدة ذكرها المصنف ، وإن كان قد أسقط التعليل بها في دار الإسلام كما تقدم .

عياض : والكراهة عند مالك هنا أشد من الكراهة عنده ببلد الإسلام ، وأجاز في «العتبية » [2] للأسير أن يطأ زوجته وجاريته ببلد الحرب إذا أمن وصول أهل الحرب إليها مع كراهة ذلك للولد أيضاً .

وَلَوْ مَلَكَ مَجُوسِيَّةً لَمْ يَحِلَّ لَهُ مِنْهَا اسْتِمْتَاعٌ بِخِلافِ الْكِتَابِيَّةِ .

القاعدة في ذلك: أن كل من جاز له وطء حرائرهن بالنكاح جاز وطء إمائهن بالملك وكل من لم يجز وطء حرائرهن بالنكاح لم يجز وطء إمائهن بالملك .

قوله : (**لَمْ يَحِلَّ لَهُ مِنْهَا اسْتِمْتَاعٌ**) أي : بجماع ومقدماته .

وقوله : (**بِخِلافِ الْكِتَابِيَّةِ**) أي : فيجوز له ذلك إذا ملكها ، وكل ما جاز منه الاستمتاع بالوطء ، جاز منه الاستمتاع بالقبلة وما في معناه وبالعكس ، ولا يعترض على ذلك بالحيض ؛ لأن الحيض طارئ ويزول عن قرب .

---

(١) « المدونة » (٤/ ٣٠٠) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٥/ ١٤٣) .

وَالرِّدَّةُ تَقْطَعُ الْعِصْمَةَ منَ الْجَانِبَيْنِ مكَانَهَا بتَطْلِيقَة بَائنَة ، ولَهَا الْمُسَمَّى بالدُّخُول ، وقِيلَ : رَجْعِيَّةٌ بتَوْبَته ، وقِيلَ : يَنْتَظِرُ فِي الْعِدَّة بَعْدَ الْبِنَاء كَالْمُشْرِك تُسْلِمُ زَوْجَتُهُ ....

(**منَ الْجَانِبَيْنِ**) تتعلق بـ (**الرِّدَّةُ**) لا بـ (**تَقْطَعُ**) لأن القطع لا يتأتى من أحد الجانبين دون الآخر ، ولأن مراده أن ارتداد أحد الزوجين يوجب قطع العصمة سواء كان الرجل أو المرأة، وعلى هذا فيشكل ؛ لأنه فرق بين (**الرِّدَّةُ**)وهو مصدر وبين صلته بالخبر وهو أجنبي، لأن قوله (**تَقْطَعُ**) خبر عن (**الرِّدَّةُ**) .

واستعمل المصنف هنا لفظ (**الْعِصْمَةَ**) لأنه لفظ الإمام في «المدونة» ، ولأن علماءنا استدلوا على ذلك بقوله تعالى : ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة : ١٠] ، فكان ذلك كالإرشاد إلى محل الدليل .

وقوله (**بتَطْلِيقَة**) هو المشهور ، وروى ابن أبي أويس وابن الماجشون أن ذلك فسخ . وكونها (**بَائنَة**) هو مذهب « المدونة » .

وقوله: (**ولَهَا الْمُسَمَّى بالدُّخُول**) ظاهر .

الجلاب[1] : ولو ارتدت قبل الدخول بها سقط صداقها ، وكذلك لو ارتد زوجها ، ويتخرج فيها رواية أخرى وهي أن لها نصف الصداق .

وقال اللَّخْميّ : إن ارتد الزوج فلها النصف على القول بأنه طلاق ، ويختلف على القول أنه فسخ ، فقال مالك في « المبسوط » : لها نصف الصداق ، وقال عبد الملك : لا شيء لها ، والأول أحسن ، والقول بأنها (**رَجْعِيَّةٌ بتَوْبَته**) للمخزومي .

ومعنى (**بتَوْبَته**) أي : تكون رجعية بشرط التوبة كما قلنا :إن طلاق المولي والمعسر بالنفقة رجعي ، وشرط الرجعية الفيئة واليسر ، والقول بأنه ينتظر في العدة نقله اللخمي عن ابن الماجشون ، وبه قال أشهب في أحد قوليه ، وروي عنه أيضاً كالمشهور .

فَإِن ارْتَدَّ إِلَى دِينِ زَوْجَته فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِم : كَالْمُسْلِمَة ، وَقَالَ أَصْبَغُ : لا يُحَالُ بَيْنَهُمَا .

كما لو كانت تحته نصرانية فارتد إلى النصرانية هذا ظاهر لفظه ، وهو الذي في «الجواهر»[2] .

---

(١) « التفريع » (١/ ٣٧٩) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ١٠٩) .

ابن عبد السلام : ويحتمل أن يريد ما هو أعم من ذلك فإن مقصوده إنما هو الفرق بين أن تكون مسلمة فيفسخ النكاح وبين ألا تكون كذلك فيختلف فيه ، وهو ظاهر ما حكاه غير المؤلف ، وصرح في « التنبيهات » بمشهورية قول ابن القاسم .

ورأى أصبغ أن سبب الحيلولة بينه وبين المسلمة إنما هو استيلاء الكافر على المسلمة ، وعلى قول أصبغ فلا تحرم عليه الكتابية إن عاد إلى الإسلام .

فرع :

فإن تهود نصراني أو بالعكس أقر ، وحكى ابن العربي رواية بالقتل لخروجه عن العقد الذي انعقد له إلا أن يسلم .

وأما لو تزندق يهودي أو نصراني ، فقال أصبغ في « الواضحة » : لا يقتل؛ لأنه خرج من كفر إلى كفر ، وقاله مطرف وابن عبد الحكم ، وقال ابن الماجشون : يقتل؛ لأنه دين لا يقر عليه أحد ، ولا تؤخذ عليه جزية .

ابن حبيب : ولا أعلم من قاله غيره ، ولا أقول به .

الباجي[1] : يحتمل أن يريد بالزندقة هنا الخروج إلى غير شريعة مثل التعطيل ومذاهب الدهرية ، وحكى الشيخ أبو محمد عن أبي بكر بن محمد قال : روى عبد الرحمن بن إبراهيم الأندلسي في النصراني أو اليهودي يتزندق أنه يقتل ؛ لأنه خرج من ذمته إلى غير ذمته ، ولو أسلم لقتل كمسلم يتزندق ثم يتوب .

وَإِذَا أَسْلَمَ الزَّوْجَانِ مَعاً وَكَانَا عَلَى صِفَةٍ لَوِ ابْتَدَآ عَلَيْهَا لَصَحَّ قُرِّرَا عَلَى نِكَاحِهِمَا، فَيُقَرَّانِ عَلَى نِكَاحٍ بِلا وَلِيٍّ ولا صَدَاقٍ ولا عَقْدٍ وَفِي العِدَّةِ والنِّكَاحِ المُؤَجَّلِ إِلا إِذَا أَسْلَمَا أَوْ أَحَدُهُمَا قَبْلَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ والأَجَلِ بِخِلافِ المَحَارِمِ ....

هذا شروع من المصنف في الكلام على إسلام الزوجين الكافرين ، وفي ذلك ثلاث صور :

الأولى : أن يسلما معا .

والثانية : أن تسلم الزوجة وحدها .

والثالثة : أن يسلم الزوج وحده ، وتكلم المصنف هنا على الأولى .

---

(١) « المنتقى » (١٢٨/٥) .

وقوله : (**أَسْلَمَ الزَّوْجَانِ مَعاً**) يحتمل في وقت واحد ،وهو ظاهر لفظه ، ويحتمل أتيا معاً إلينا مسلمين ، وإن افترق إسلامهما في الزمان ، وهو ظاهر كلام الباجي[1] لأنه قال: وإذا أسلما قبل البناء في وقت واحد مثل أن يأتيا جميعاً مسلمين ، ففي « النوادر »[2]: أنهما على نكاحهما .

قوله : (**وَكَانَا عَلَى صِفَةٍ ... إلى آخره**) حاصله: إن كان المنع لصفة الزوجين ، كما لو كانا محرمين لم يقر نكاحهما ، وإن كان لسبب خارج عنهما قررا على نكاحهما ، فيقران على نكاح بلا ولي ولا صداق ولا عقد ، وعلى النكاح في العدة ونكاح المتعة وهو مراده بقوله :(**والنِّكَاحِ الْمُؤَجَّلِ**) ونص اللخمي على أنه لو كان زنا ثم تراضيا على البقاء على وجه الزوجية أنهما يبقيان إذا أسلما .

وقوله : (**إِلا إِذَا أَسْلَمَا** . . . إلى آخره) ، أي : فإنه يفسخ في هاتين الصورتين وإن كان الفساد فيهما ليس لصفة راجعة إلى الزوجين ، نص على الأولى - وهي إذا أسلما قبل انقضاء العدة - ابن القاسم وأشهب في « الموازية » ولا إشكال فيهما؛ لأن التمادي على النكاح هتك لحرمة العدة ، وفيه سقي مائه زرع غيره .

ونص على الثانية أشهب في « الموازية » ورأى أنا لو أبحنا لهما التمادي إلى الأجل لكنا أمضينا نكاح المتعة في الإسلام .

هكذا أشار ابن عبد السلام إلى تعليل المسألة ، وينبغي أن يفهم ما قالوه من عدم التمادي في هذه الصورة على ما إذا قالا : نحن نتمادي إلى بقية الأجل ، وأما لو تماديا على الإطلاق فينبغي أن يصح النكاح ؛ لأنهما إذا تماديا على الإطلاق لا يكون نكاح متعة، وهو الذي يؤخذ من كلام اللخمي فإنه قال : يثبت نكاحهما سواء كان أصله فاسداً أو صحيحاً ، دخل أو لم يدخل ، وإن كان أصله نكاح متعة ثم تراضيا بعد الأجل على البقاء جاز .

أشهب : ولو أسلم بعد الأجل ثبت النكاح بنى أو لم يبن .

قوله : (**بِخِلافِ الْمَحَارِمِ**) هو مقابل لقوله : (**وَكَانَا عَلَى صِفَةٍ لَوِ ابْتَدَآ عَلَيْهَا لَصَحَّ**) .

---

(١) « المنتقى » (٥/١٢٨) .

(٢) « النوادر والزيادات » (٥/٣٤٤) .

وَالْمَشْهُورُ: أَنَّ أَنْكِحَتَهُمْ فَاسِدَةٌ، وَإِنَّمَا يَصِحُّ بِالإِسْلامِ مَا ذَكَرْنَاهُ .

المشهور كما ذكر فساد أنكحتهم ؛ لأن صحة العقد مفتقرة إلى شروط هي معدومة في أنكحتهم كالولي ، ورضا المنكوحة ، وألا يكون في عدة ، وبصداق يجوز تملكه ، وبشهود ، قاله ابن يونس ، وفيه نظر ؛ لأنه يقتضي أنه لو انعقد نكاحهم بالشروط المعتبرة في الإسلام لصح ، وليس كذلك .

وقال ابن راشد بعد ذكره المشهور : وقيل : بل ينظر ، فإن وقعت على الشروط المعتبرة فهي صحيحة ، وإلا فهي فاسدة ، وهو اختيار شيخي القرافي(١) . انتهى .

وحكى صاحبُ « الاستلحاق » الشاذ عن بعض مذاكريه ، وبناه ابن بشير على القول بعدم خطاب الكفار .

واستشكل القرافي في « الذخيرة »(٢) المشهور ؛ لأن ولاية الكافر للكافرة صحيحة ، والشهادة عندنا ليست شرطاً في العقد حتى نقول: لا تصح شهادتهم لكفرهم ، وقد يشهدون للمسلمين ، ونص ابن عبد السلام على أن الخلاف حاصل فيما اجتمعت فيه الشروط كغيره .

وَإِنْ كَانَ قَدْ طَلَّقَهَا ثَلاثاً ، فَإِنْ أَسْلَمَا فِي الْحَالَ قُرِّرَا عَلَى نِكَاحِهِمَا ، وَإِنْ كَانَ قَدْ أَبَانَهَا لَمْ يُقَرَّ ، وَلَكِنَّهُ يَعْقِدُ مِنْ غَيْرِ مُحَلِّلٍ ....

لأن الطلاق فرع صحة النكاح ، فإن أبانها صارت كالأجنبية ، وقال المغيرة : طلاق المشركين طلاق ، ولا تحل له إلا بعد زوج ، يريد: إذا طلقها ثلاثاً ، وهو إما بناء على صحة أنكحتهم ، وإما أن النكاح المختلف في فساده يلزم فيه الطلاق ، وعلى هذا فيقال : كان ينبغي على المشهور لزوم طلاقهم للخلاف في صحة أنكحتهم ، إلا أن لا يراعى هذا النكاح .

وهذا كله إذا لم يتحاكموا إلينا ، فإن تحاكموا إلينا ففي « المدونة »(٣) : إذا طلق الذمي ثلاثاً فرفعت المرأة أمرها إلى الحاكم فلا يحكم بينهما إلا أن يرضيا بحكم الإسلام ،

---

(١) «الذخيرة» (٤/ ٢٩٩) .

(٢) « الذخيرة » (٤/ ٢٩٩) .

(٣) « المدونة » (٤/ ٣١٢) .

فالحاكم مخير إن شاء حكم وإن شاء ترك ، فإن حكم حكم بينهم بحكم الإسلام ، قال : وأحب إلي ألا يحكم بينهم ، فطلاق المشرك ليس بطلاق .

صاحب « الاستلحاق » وابن محرز : ظاهره أنه لا يلتفت في الحكم بينهم إلى رضا أساقفتهم .

وفي « العتبية »: لابن القاسم : لا بد من رضا أساقفتهم .

عياض : وظاهره يحكم بحكم الإسلام إن حكم بينهم : أن يتركهما ولا يفرق بينهما إذ هو حكم الإسلام في طلاق أهل الكفر كما قال .

وعلى هذا تأول المسألة ابن أخي هشام وابن الكاتب ، وغير واحد ، وهو أظهر ، وحملها القابسي وغيره على ظاهر اللفظ ، وعلى أنه يحكم بينهم بالفراق إذ هو حكم الإسلام الذي تراضوا به ، ثم اختلفوا ، فأما القابسي فلم ير أن يزيد الحاكم شيئاً على أن يفرق بينهم فراقاً مجملاً دون الثلاث ، وذهب ابن شبلون إلى الحكم بالثلاث ، كما يحكم بين المسلمين ، ويبينها منه .

وكان الشيخ أبو محمد يقول : إن كان العقد صحيحا لزمه الطلاق ، وإن كان مخالفاً لشروط الصحة لم يلزمه شيء ، وقد يحتج لهذا بما وقع في كتاب العتق الثاني في النصراني يعتق عبده ويتمسك به أنه لا يعرض له إلا أن يرضى السيد بحكم الإسلام ، فيحكم عليه بحريته ، والظاهر أنه والطلاق سواء . انتهى .

خليل : وفرق في « الاستلحاق » بأنه في العتق عتق ما يملكه بملك ثابت ، فلذلك حكم عليه بخلاف النكاح .

قيل : ومنشأ الخلاف بين ابن شبلون وابن الكاتب: الاختلاف في معنى قول مالك: حكم بينهم بحكم الإسلام ،هل معناه: بحكم الإسلام في الإسلام فيلزم الطلاق، أو بحكم الإسلام في أهل الشرك فلا يلزم ؟

وَإِصْدَاقُهَا الْفَاسِدُ كَالْخَمْرِ أَوِ الإِسْقَاطِ إِنْ كَانَ قُبِضَ وَدَخَلَ مَضَى ، وَإِلا فَصَدَاقُ الْمِثْلِ عَلَى الْمَشْهُورِ ، وَقِيلَ : قِيمَتُهُ لَوْ جَازَ بَيْعُهُ ، وَزِيدَ فِي الْقِسْمِ الثَّالِثِ وَهُوَ إِنْ كَانَ قَبَضَ وَمَا دَخَلَ رُبُعُ دِينَارٍ وَالسُّقُوطُ ، وَعَلَى الْمَشْهُورِ يَكُونُ كَنِكَاحِ تَفْوِيضٍ ابْتِدَاءً ....

حاصله : أنه إذا أصدق الكافر زوجته الكافرة صداقاً فاسداً كالخمر ونحوه فله أربعة

أقسام، وقد تقدم أنه يبتدئ في القسمة الرباعية بإثباتين ثم بنفيين ، ثم بإثبات الأول ، ونفي الثاني ثم بالعكس ، فيكون **الأول** : قبض ودخل ، **والثاني** : لم يقبض ولم يدخل، **والثالث** : قبض ولم يدخل ، **والرابع** عكسه .

ولأجل أن المصنف أراد هذه الأقسام الأربعة ، قال : (**وزيد فِي الْقِسْمِ الثَّالِثِ**) .

قوله :(**مَضَى**) لأنها مكنته من نفسها وقبضت العوض في وقت يجوز لها المعاوضة به .

وقوله :(**وإلا فَصَدَاقُ المِثْلِ عَلَى الْمَشْهُورِ**) يدخل فيه الثلاثة الأقسام ، أي : وإن لم يحصل القيدان فيلزم فيه صداق المثل على المشهور ، وهو مذهب « المدونة »[1] ونصها : وإن نكح نصراني نصرانية بخمر أو خنزير أو بغير مهر أو شرط ذلك ، وهم يستحلونه في دينهم ، ثم أسلما بعد البناء ثبت النكاح ، فإن كانت قبضت قبل البناء ما ذكرنا فلا شيء لها غيره ، وإن لم تكن قبضت وقد بنى بها فلها صداق المثل ، فإن كان لم يبن بها حتى أسلما وقد قبضت ما ذكرناه أو لم تقبض خير بين إعطائها صداق المثل ويدخل بها ، أو الفراق ، ويكون طلقة ، ويصير كمن نكح على تفويض ، وقال غيره : إن قبضته مضى ولا شيء لها غيره بنى بها أو لم يبن .

وإلى ما ذكره في « المدونة » من أنها لم تقبضه ودخل الزوج بها يكون لها صداق المثل، ومن أنها إذا لم يدخل الزوج بها سواء حصل القبض أو لم يحصل يخير الزوج أشار إليه المصنف بقوله : (**وَعَلَى الْمَشْهُورِ يَكُونُ كَنِكَاحِ تَفْوِيضٍ ابْتداءً**) لأن نكاح التفويض إذا دخل فيه الزوج يلزمه فيه صداق المثل ، وإذا لم يدخل يخير الزوج فإن فرض صداق المثل لزمها ، وإن فرض أقل منه لم يلزمها ، ولا يلزمه هو أن يفرض صداق مثلها .

قوله: (**وزيد فِي الْقِسْمِ الثَّالِثِ**) إلى آخره، حاصله: أن فيه أربعة أقوال على المشهور : يخير الزوج كنكاح التفويض .

الثاني : أن لها قيمته لو جاز بيعه ، وهو قول ابن عبد الحكم لكنه لم يجزم به ، بل قال: القياس أن لها قيمة الخمر بمنزلة من تزوج بثمرة لم يبد صلاحها ، فلم تجذ حتى أزهت ، أن النكاح لا ينفسخ ولها قيمة ذلك .

اللخمي : وهو أحسن ، فإن كانت قيمة الخمر عشرين وصداق مثلها عشرة لم يلزمها

---

(١) « المدونة » (٤/ ٣١٥) .

قبول عشرة ؛ لأنها دون ما رضيت به ، وإن كان صداق مثلها ثلاثين لم يلزمه ثلاثون ؛ لأنها فوق ما رضيت .

الثالث : أن لها ربع دينار ، وهو قول أشهب في « الموازية » ، قال : وإن لم يعطها ربع دينار فسخ .

الرابع : لا شيء لها ، وعزاه المتيطي لابن القاسم وعبد الملك ، وهو أقيس لأن طريان ما أسقط ملكها عنه كطريان موت عبد أو دابة أخذته في صداقها ، وهذا هو القول الذي ذكره في « المدونة » عن غير ابن القاسم .

ابن محرز وغيره : هو المستحسن ، وهو خير من قول ابن القاسم في « المدونة » ؛ لأنهم لا يختلفون أن النصراني إذا أسلم وله ثمن خمر أو خنزير أن الثمن له حلال ، والبضع هنا ثمن الخمر ، فهو له حلال ، وصرح اللخمي بأن هذا القول هو المعروف من المذهب .

ابن يونس [١] : وعلى قول الغير هنا إن قبضت نصفه قبل البناء كان لها نصف صداق المثل، وكذلك في جميع الأجزاء على هذا الحساب .

تنبيه :

قول المصنف : **(إِنْ كَانَ قُبِضَ ودَخَلَ مَضَى)** لم يشترط فيه ما قال في « المدونة »[٢] وهم يستحلونه في دينهم ، إما لأنه وصف طردي لا على سبيل الشرط ، وإما لأنه لا يوجد كافر لا يستحل ذلك ، وإلى هذا ذهب بعضهم ، ورأى بعضهم أنه شرط مقصود من ابن القاسم ، فقال : يريد أنهم لو دخلوا عليه وهم لا يستحلونه لم يدخلوا على النكاح بل على الزنا ، فلا يثبت ذلك العقد بعد الإسلام إلا أن يكونوا قد تمادوا عليه على وجه النكاح ، وهو ظاهر إن وجد من الكفار من لا يستحل ذلك ، وقيل : إنما قال : **(وهم يستحلونه)** تنبيها بالأخف على الأشد ؛ لأنه قد تتوهم الصحة إذا كانوا يستحلونه ، فبين أنه لا فرق .

وَالإِسْقَاطُ وَالدُّخُولُ كَقَبْضِ الْفَاسِدِ ، وقيل : صَدَاقُ الْمِثْلِ وَإِنْ دَخَلَ

قوله :**(كَقَبْضِ الْفَاسِدِ)** أي فلا شيء لها و **(الْفَاسِدِ)** صفة لمحذوف، أي : كقبض المهر

---

(١) «الجامع» (٤/ ٢٦٥ _ ٢٦٦) .

(٢) « المدونة » (٤/ ٣١٥) .

الفاسد وقوله في القول الثاني : (وَإِنْ دَخَلَ) لا حاجة إليه ؛ لأن المسألة مفروضة مع الدخول ، وليس في « المدونة » في هذه المسألة نص صريح ؛ لأنه جمع فيها بين مسألة الذمي الذي لا يتزوج بخمر ، والذي يتزوج بلا صداق ، ثم أجاب عن مسألة الخمر .

واختلف في مذهب «الكتاب» في ذلك فقال ابن أبي زيد واللخمي وغيرهما : إن دخل بها فلها صداق المثل كما إذا لم تقبض الخمر أو الخنزير ، وهو مذهب ابن القاسم في «الواضحة » ، وهذا هو القول الثاني من كلام المصنف .

عياض : وذهب غير ابن أبي زيد إلى أنه إن دخل بها فلا شيء لها ، وهو مذهب محمد .

عياض : وهو الصحيح ،وهذا هو الذي قدمه المصنف ، وإليه ذهب صاحب «النكت»[1] .

ابن يونس : وهو ظاهر « المدونة » .

عياض: وأما قبل الدخول ، فقالوا : لا يختلف بها إلا أن يفرض مهر مثلها .

وقوله : لا يختلف أنه يدخل بها إلا أن يفرض ؛ أي : ولا يجبر الزوج الزوجة على ذلك ، صرح به اللَّخْمِيّ .

واختار اللَّخْمِيّ أنه لا شيء لها إلا ربع دينار لحق الله تعالى .

فرع :

واختلف قول ابن القاسم إذا أسلمت قبل البناء بعد أن قبضت الخمر ، ولم يسلم زوجها ، فقال في « العتبية »[2]: ترد قيمة ما قبضته من خمر فات أو لم يفت ، ويكسر الخمر عليها ، وقال في « الواضحة » : لا شيء عليها لا نصف ولا غيره .

اللخمي : وأرى إن أسلمت والخمر بيدها أن يرد إلى الزوج ولا يكسر عليها ؛ لأن إسلامها يفسخ النكاح ويسقط ملكها عن الصداق ، ويعود ملكاً للزوج ويرجع في عينه ، وإن فاتت الخمر غرمت قيمتها ؛ لأن إسلامها يوجب رد الصداق إذا كان دنانير أو سلعة .

وَإِذَا أَسْلَمَتْ زَوْجَةُ كِتَابِي أَوْ مَجُوسي سبي قَبْلَ الْبِنَاء بَانَتْ مَكَانَهَا اتِّفَاقاً .

قد تقدم لإسلامها ثلاث صور ، تكلم المصنف على الأولى ، وهذا الكلام على الثانية

---

(١) « النكت والفروق » (١/٢٠٨) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٥/٣٢٧) .

وما حكاه المصنف من الاتفاق حكاه ابن يونس ، وحكى اللَّخْمِيّ في ذلك خلافاً ، فقال : واختلف إذا أسلم عقد إسلامها نسقاً ، فقيل : بانت منه .

وفي « العتبية » : أنه أحق بها ، وكذلك حكى ابن بشير وابن راشد إذا أسلم عقيب إسلامها قولين ، وبناه ابن بشير على أن ما قرب من الشيء هل له حكمه أم لا ؟ وأجراه اللَّخْمِيّ على من طلق زوجته ثلاثاً قبل البناء واحدة بعد واحدة هل تلزمه الثلاث أو واحدة؟ وعلى هذا فالاتفاق إنما هو مع الطول .

وأشار الباجي[١] إلى أن الخلاف مع القرب إنما هو مخرج .

ابن عبد السلام : وهو الأقرب ، وكان الأولى أن يقول موضع **(اتِّفَاقاً)** على المشهور أو على المنصوص .

وَبَعْدَ الْبِنَاء يَنْتَظِرُ فِي الْعِدَّة اتِّفَاقاً للسُّنَّة .

أي : وإن أسلمت الزوجة فقط **(بَعْدَ الْبِنَاءِ)** فإن الزوج **(يَنْتَظِرُ فِي الْعِدَّةِ)** للسنة اتفاقاً فإن أسلم في عدتها كان أحق بها .

وأشار بقوله :**(للسُّنَّة)** إلى ما في « الموطأ »[٢] من إقراره عليه الصلاة والسلام صفوان ابن أمية على بنت الوليد بن المغيرة بعد شهر من إسلام زوجته، ولما فيه أيضاً من إقراره عليه الصلاة والسلام عكرمة بن أبي جهل على أم حكيم .

وما رواه أبو داود[٣] عن ابن عباس من أنه عليه الصلاة والسلام رد ابنته زينب إلى أبي العاص ابن الربيع بالنكاح الأول ، وفي رواية بعد ست سنين .

ابن عبد البر[٤] : وفي بعض طرقه: بعد سنتين ، وروى الدارقطني والترمذي[٥] عن حجاج بن أرطأة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه عليه الصلاة والسلام رد ابنته زينب إلى أبي العاص بنكاح جديد .

وصحح صاحب « الاستذكار »[٦] هذا ،وضعفه غيره.

ابن عبد البر[٧] : وإن صح ما رواه الدارقطني فإما لأنها لم تحض ثلاث حيض حتى

---

(١) « المنتقى » (٥/١٢٩) .
(٢) «الموطأ» (٢٠٠١) .
(٣) «سنن أبي داود» (٢٢٤٠) .
(٤) « الاستذكار » (٥/ ٥٢٠) .
(٥) أخرجه الترمذي (١١٤٢) ، وقال الألباني : ضعيف .
(٦) « الاستذكار » (٥/ ٥٢٠) .
(٧) « الاستذكار » (٥/ ٥٢٠) .

أسلم زوجها ، وإما لأن الأمر فيها منسوخ عند الجميع بقوله تعالى : ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾ [البقرة : ٢٢٨] أي : في عدتهن ، ولا يجوز رجوعها إليه بعد العدة عند الجميع إلا شيء روي عن النخعي وشذ فيه ، ولم يتابعه عليه إلا بعض أهل الظاهر .

وَلَوْ طَلَّقَهَا فِي الْعِدَّةِ قَبْلَ إِسْلامِهِ كَانَ لَغْواً .

إذ لا ملك له عليها حينئذ ، وطلاق الكافر غير معتبر ، وقد تقدم عن المغيرة أن الكافر يلزمه الطَّلاق في الكافرة ؛ فأحرى أن يقوله هنا ؛لأنه حكم مسلمة وكافر ، قاله ابن عبد السلام .

وقد يقال : إن المرأة هنا في حكم البائنة ، وإنما أقر عليها إذا أسلم تأليفاً بخلاف الكافر إذا طلق الكافرة التي في عصمته ، والله أعلم .

فَإِنْ أَسْلَمَ الزَّوْجُ قُرِّرَ عَلَى نِكَاحِ الْكِتَابِيَّةِ الْحُرَّةِ وَلَوْ كَانَتْ صَغِيرَةً زَوَّجَهَا أَبُوهَا .

هذه هي الصورة الثالثة إذا أسلم الزوج فقط قرر نكاح الكتابية الحرة لأنه إذا كان يجوز له ذلك ابتداءً فلأن يجوز له التمادي من باب الأولى .

قوله :(**وَلَوْ كَانَتْ صَغِيرَةً زَوَّجَهَا أَبُوهَا**) هو كذلك في « المدونة »[1] وزاد فيها : ولا خيار لها إن بلغت .

ونقل ابن عبد السلام عن بعضهم أنه قال : يكره التمادي على نكاح الكتابية هنا ، كما يكره للمسلم نكاحها ابتداءً .

وَأَمَّا غَيْرُهَا فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : إِنْ أَسْلَمَتْ أَوْ عُتِقَتِ الْكِتَابِيَّةُ وَلَمْ يَبْعُدْ مَا بَيْنَهُمَا ثَبَتَ بَنَى أَوْ لَمْ يَبْنِ ...

يعني : وأما غير الحرة الكتابية فيدخل في ذلك الأمة الكتابية والمجوسية حرة كانت أو أمة ، (**فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : إِنْ أَسْلَمَتْ**) يعني : المجوسية (**أَوْ عُتِقَت**) يعني : الأمة الكتابية وسيأتي تفسير قوله : (**وَلَمْ يَبْعُدْ**) .

وَإِلا فُسِخَ بِطَلاقٍ ، وَفِيهَا : مَا فُسِخَ لإِسْلامِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ فَبِغَيْرِ طَلاقٍ .

أي : وإن لم تسلم بالقرب فسخ ، وهل بطلاق ؟

---

(١) « المدونة » (٣٠١/٤) .

ابن عبد السلام وغيره : والمشهور ما في « المدونة »[١] أنه يفسخ بغير طلاق، وهو الذي في « الرسالة »[٢] وغيرها .

ابن المواز : والفرق بين إسلام أحد الزوجين أنه فسخ بغير طلاق وبين ردته أن الردة طرأت على نكاح صحيح ، وأيضاً المسلم يلزمه طلاقه ، فكذلك يلزمه لما أحدث من الردة الطَّلاق ، والكافر لو طلق لم يلزمه وإن أسلم فلم يلزمه بما فعل طلاق .

وَقَالَ : فَإِنْ غَفَلَ عَنْهُمَا أَكْثَرَ مِنْ شَهْرٍ فَلَيْسَ بِكَثِيرٍ ، وَعَنْهُ : إن أَسْلَمَتْ مَكَانَهَا ثَبَتَ وَإِلا فَلا، وَفَرَّقَ أَشْهَبُ بَيْنَ مَا قَبْلَ الْبِنَاء وَبَعْدَهُ كَمَا قيل فِي إِسْلام الزَّوْجَة قَبْلَهُ سَوَاءً ....

هذا تفسير لقوله :(**وَلَمْ يَبْعُدْ**) ، وقوله: (**وَقَالَ : فَإِنْ غَفَلَ عَنْهُمَا**) فيه نظر ؛ لأن ابن القاسم لم يذكر في قوله غفلة ، وإنما تأول ذلك عليه ، ونص « التهذيب »[٣] : وإن أسلم مجوسي أو ذمي وتحته مجوسية عرض عليها الإسلام حينئذ فإن أبته وقعت الفرقة بينهما.

محمد : يريد إن لم تسلم مكانها ، ثم قال في « التهذيب »[٤] : فإن أسلمت بقيت زوجة ما لم يبعد ما بين إسلامهما ، ولم يحد مالك البعد ، وأرى الشهر وأكثر من ذلك قليلاً ليس بكثير .

وفي بعض الروايات : وأرى الشهرين .

المتيطي : وكذلك في « الموازية » وروي خارج « المدونة » أقل من الشهر ، وتأول ابن اللباد وغيره من القرويين «المدونة» على أنها لا توقف هذه المدة ، وإنما معناها : غفل عن إيقافها ، وجعلوا قول ابن القاسم موافقاً لقول مالك أنه إن عرض عليها الإسلام ولم تسلم فرق بينهما ولم توقف .

وقال ابن أبي زمنين : المعروف أنها إن وقفت إلى شهر أو بعده فأسلمت أنها امرأته .

عياض : ظاهر كلامه خلاف ما تأوله القرويون .

وقوله :(**وَعَنْهُ : إن أَسْلَمَتْ مَكَانَهَا ثَبَتَ وَإِلا فَلا**) أي : وعن ابن القاسم ، وتصوره ظاهر، وقال أشهب في « الموازية »: لا يفرق بينهما في الدخول حتى تخرج من العدة ،

---

(١) « المدونة » (٤/ ٢٨٤) .

(٢) «الرسالة» (ص/ ٩٢) .

(٣) « التهذيب » (١/ ٣٤٦) .

(٤) « التهذيب » (١/ ٣٤٦) .

يعني : وأما قبل البناء فتبين بمجرد إسلامه .

محمد : وأصحابنا على قول ابن القاسم ، قاله أيضاً أَشْهَب ، وعن أشهب : أنه يعرض عليها الإسلام بعد البناء اليومين والثلاثة .

وروى أبو زيد عن ابن القاسم أنه يعرض عليها الإسلام اليومين والثلاثة ، فإن أبت استبرأت نفسها بحيضة ، ويؤخذ من هذا أن الاستبراء في إسلام أحد الزوجين حيضة .

اللَّخْمِيّ : قال مالك وابن القاسم : تستبرئ بثلاث حيض ، وقال ابن القاسم في «العتبية» [(1)] في النصرانية يطلقها النصراني فتحيض حيضة ثم تتزوج مسلماً : لا أُفسخ نكاحه لأن مالكاً يقول : تجزئها حيضة .

تنبيه : قوله : (**أَكْثَرَ مِنْ شَهْرٍ**) ليس مقيدا بالقلة ، وينبغي أن يقيد بها كما في «المدونة».

وَإِذَا سَبَقَ سَقَطَتْ نَفَقَةُ مَا بَيْنَهُمَا .

أي : سبق الزوج بالإسلام وذلك بعد الدخول .

قوله : (**مَا بَيْنَهُمَا**) أي : بين إسلام الزوج وإسلامها ، وإنما سقطت نفقتها لأن الامتناع من سببها .

وَإِذَا سَبَقَتْ فَقَوْلانِ .

هما لابن القاسم بناء على أنها محبوسة من أجله لما كان أحق بها في العدة فتجب لها، أو هي منعت نفسها بإسلامها والنفقة في مقابلة الاستمتاع .

ابن أبي زمنين : وهو الصحيح في النظر ،وكذلك قال اللَّخْمِيّ : عدم النفقة أحسن ، قال ابن راشد : هو أقيس .

وأخذ أصبغ بالقول بالوجوب ، وأفتى به ، وهذا ما لم تكن حاملاً ، وأما إن كانت حاملاً فلها النفقة والسكنى بالاتفاق ،قاله ابن عبد السلام ، قال : وليس ما وقع في بعض نسخ ابن بشير من الخلاف في السكنى صحيحاً .

واعلم أن القولين في النفقة موجودان سواء أسلم الزوج أو لم يسلم ، وليس كما يعطيه كلام المصنف أنهما مقصوران على ما بين إسلامهما .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٥/ ٤٧٢) .

لَوْ أَسْلَمَ صَغِيرٌ وَتَحْتَهُ مَجُوسِيَّةٌ لَمْ يُفْسَخْ حَتَّى يَحْتَلِمَ؛ لأَنَّهُ لَوِ ارْتَدَّ قَبْلَ بُلُوغِهِ لَمْ يُقْتَلْ.

لا إشكال أن إسلام أحد الزوجين إذا كان في سن من لا يميز لا يوجب فراقاً ، وأما إن كان يعقل الإسلام قالوا : وهو سن الإثغار فما فوقه ، فإن أسلم الزوج وتحته مجوسية لم يفسخ نكاحه حتى يحتلم ، لأنه لو ارتد قبل ذلك لم يقتل ، وقاله في « المدونة »[1] ، وفيها أيضاً ما يدل على خلاف هذا ، وأنه يعتبر إسلام المميز ،ففي التجارة إلى أرض الحرب أنه يجبر الكافر على بيع عبده الصغير إذا أسلم ، وفي الجنائز أنه يصلى على الصغير يجيب إلى الإسلام .

وقد حكى اللَّخْمِيّ فى مسألة المصنف هذه قولين منصوصين :

أحدهما : ما ذكره المصنف .

والثاني : أن إسلامه إسلام ، قال : فعليه إن كانت بالغة عرض عليها الإسلام على مذهب ابن القاسم ، ثم يختلف هل تؤخر ثلاثة أيام ؟ ويختلف إذا غفل عنها ، ولم يعرض لها الشهر والشهرين هل يكون أحق بها ؟ وعلى قول أَشْهَب تقع الفرقة بينهما مكانه وسواء دخل بها أم لا لأن دخول من لم يبلغ كَلا دُخول .

فرع : وأما إن أسلمت الزوجة الصغيرة فقط فعلى القول بأن اعتبار إسلامها إن كان الزوج دخل وهو بالغ فعليها العدة ، وهو أحق بها إن أسلم في عدتها ، وإن لم يكن دخل بها أو دخل ولم يبلغ بانت ، وإن أسلم بعد ذلك إلا أن يكون إسلامه عقب إسلامها فيختلف فيه .

وعلى القول بأنه لا يعتبر إسلامها فيوقف زوجها البالغ عنها ولا تكون عليها عدة ، فإذا ثبت على إسلامها بعد البلوغ فالعدة عليها حينئذ ويكون أحق بها إن أسلم في عدتها ، قاله اللَّخْمِيّ .

وعن سحنون أن :الفرقة تقع بين الزوجين إذا أسلمت ، يعني في صغرهما أو في صغر أحدهما ، كما تقدم ، قال : كما يباع العبد على سيده بخلاف ما إذا كان هو أسلم وزوجته مجوسية .

واعترضه ابن عبدوس ، وقال : كيف تقع التفرقة بإسلامها ولا تقع بإسلامه؟

(١) « المدونة » (٣٠٨/٤) .

التونسي : ولا فرق بينهما ، وقال ابن رشد [١]: للإسلام حرمة ، وإن كان قبل البلوغ [فعليها][٢] إذا أسلمت ضرر في البقاء على عصمة كافر ، ولا ضرر عليه هو إذا أسلم في البقاء على عصمة كافرة ، وفيه نظر .

اللخمي : وإن أسلم أبواهما والزوجان صغيران في سن من لا يميز كان بإسلام الأبوين في حكم المسلمين ، وإن أسلم أبوها وقعت الفرقة لأنه ليس ثم دخول .

ويختلف إذا أسلم أبوه ، فعلى قول ابن القاسم يعرض على أبيها الإسلام ، وعلى قول أَشْهَب وقعت الفرقة وإن أسلم أبواهما ، وأما إن عقلا دينهما لم يكن إسلام الأبوين إسلاماً لهما .

وَإِذَا أَسْلَمَ عَلَى عَشْرٍ اخْتَارَ أَرْبَعاً ، أَوَائِلَ كُنَّ أَوْ أَوَاخِرَ .

لحديث غيلان الثقفي أنه أسلم وعنده عشر نسوة فأسلمن معه ، فأمره النبي ﷺ أن يختار أربعا منهن ، وبين أهل الحديث في صحته، وضعفه - وعليه الأكثر - خلاف .

ونبه بقوله :(**أَوَائِلَ كُنَّ أَوْ أَوَاخِر**) على خلاف أبي حنيفة في قوله : بتعيين الأوائل وفيه ضعف ؛ لأن التخيير ينافي التعيين .

ابن عبد السلام : وخرج بعض الشيوخ لأشهب مثل قول أبي حنيفة .

فَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِوَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ فَلا مَهْرَ لِلْبَوَاقِي ، وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ : لِكُلِّ وَاحِدَةٍ خُمُسُ صَدَاقِهَا؛ لأَنَّهُ لَوْ فَارَقَ الْجَمِيعَ لَزِمَهُ صَدَاقَانِ ، وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ : نِصْفُ صَدَاقِهَا ؛ لأَنَّهُ فِي الاخْتِيَارِ كَالْمُطَلِّقِ .....

قوله :(**فَلا مَهْرَ لِلْبَوَاقِي**) أي : المتروكات ؛ لأنه مغلوب على الفراق .

ابن محرز وغيره : وعليه فالفسخ بغير طلاق ، وعلى قول ابن المواز وابن حبيب يكون طلاقاً وفي « التنبيهات » : قالوا :مذهب ابن القاسم أنه يفسخ بغير طلاق ، خلاف ما في «الواضحة » واحتج ابن المواز بما ذكره المصنف أنه (**لَوْ فَارَقَ الْجَمِيعَ لَزِمَهُ صَدَاقَانِ**) وإذا قسم اثنان على عشرة يكون لكل واحدة خمس ، فيكون للست اللاتي فارقهن حظهن من الصداقين ، ورأى ابن حبيب أنه لما اختار الأربع دون غيرهن عُدَّ في الاختيار كالمتنقل ، فكان كالمطلِّق ، وفيه نظر ؛ لأنه لو كان كالمطلِّق للزم إذا اختار أربعاً فوجدهن محارم ألا

---

(١) «البيان والتحصيل» (١٥/٩٩) .

(٢) في المطبوع من «البيان والتحصيل» : فعليه.

يختار بقية الأربع من الست ، لأنهن بِنَّ عنه بالطلاق ، ولا يقال : لم يجعله ابن حبيب مطلِّقا ، وإنما قال كالمطلِّق ؛ لأنا نقول : إنما يلزم نصف الصداق من طلَّق أما شبهه فلا ، وأيضاً فلأنه إذا طلق بعد اختيار فيكون طلاقه مانعاً من التمسك بهذه الأربع .

فَإِنْ مَاتَ ولَمْ يَخْتَرْ فَعَلَى الْمَشْهُورِ وقَوْلِ ابْنِ الْمَوازِ عَلَيْه أَرْبَعُ صَدَقَات ، لكُلٍّ وَاحدَة خُمُسا صَدَاقِهَا ، وعَلَى قَوْلِ ابْنِ حَبِيبٍ أَرْبَعُ صَدَقَاتٍ لأَرْبَعٍ وثَلاثٍ لِستٍ يَقْتَسِمْنَ الْجَمِيعَ أَعْشَاراً ....

لأنه إذا مات ولم يختر فليس في عصمته شرعاً غير أربع ، فيلزمه لكل واحدة صداق ، وليست واحدة من العشر بأولى من الأخرى ، فتقسم الأربعة على عشرة ، فيكون لكل واحدة خُمُسَا صداقها .

وعلى قول ابن حبيب يكون لكل واحدة سبعة أعشار صداقها .

وما ذكره المصنف من أنه على قول محمد يكون الواجب عليه أربعة أصدقة كالمشهور ، نحوه للخمي ، وابن بشير ، ونقله ابن شاس[1] عن محمد ، واستشكل ؛ لأن الموت كالدخول في تكميل الصداق ، وهو لو بنى بأربع منهن ، وجهلت أعيانهن ، لكان لمجموع العشر عند محمد خمسة أصدقة ، وخمس صداق ؛ لأن للأربع صدقات ، ولكل واحدة من الست خمس صداق ، وهكذا نقله ابن يونس وغيره .

وَمَنْ بَنَى بِهَا فَلَهَا صَدَاقُهَا ، وَمَنْ لَمْ يَبْنِ بِهَا فَعَلَى مَا تَقَدَّمَ .

لا إشكال في أن من بنى بها لها الصداق ، ومن لم يبن بها فعلى ما تقدم ، أي : فإن اختارها كان لها الصداق ، وإن اختار أربعاً فبنى بهن وفارق غيرهن لم يكن لهن شيء على المشهور ، ويأتي قول ابن المواز وقول ابن حبيب ، وهو ظاهر .

وكَذَلكَ لَوْ تَزَوَّجَ أَرْبَعَ رَضِيعَات فَأَرضَعَتْهُنَّ امْرَأَةٌ اخْتَارَ وَاحِدَةً ولا شَيءَ لِلبَوَاقي عَلَى الْمَشْهُورِ ، ويَجِيءُ الْقَوْلانِ عَلَيْهِمَا ....

يعني : أن الأربع في هذه المسألة كالعشرة في التي قبلها ، فيمسك واحدة ويفارق ثلاثاً ولا شيء لهن عند ابن القاسم ؛ لأنه مغلوب على الفراق ، وعلى قول ابن المواز لكل واحدة ثمن صداقها ؛ إذ لو فارق الجميع لم يلزمه إلا نصف صداق .

---

(١) « الجواهر » (٢/ ١١١) .

وعلى قول ابن حبيب لكل واحدة نصف صداقها .

ابن يونس : قال بعض فقهائنا : ولو مات الزوج قبل أن يختار واحدة من الأربع لم يجب عليه إلا صداق واحد للجميع اتفاقاً ؛ لأن واحدة يصح نكاحها والثلاث محرمات ، فوجب عليه صداق واحد يقسم على سائرهن ، وكذلك يتفق على وجوب النصف إذا طلق الأربع قبل أن يختار واحدة ، وما ذكره المصنف من أنه يختار واحدة هو المشهور وقال ابن بكير وابن الكاتب : إن أرضعت واحدة بعد واحدة فلا يجوز له أن يختار واحدة منهن ، وهو بمنزلة من تزوج الأختين فى عقدة واحدة .

هكذا نقل ابن عبد السلام هذا القول ، وإذا فسخ النكاحان عليه إذا أرضعت واحدة بعد واحدة فمن باب الأولى إذا أرضعتهما معاً .

وفرق في « المدونة »[1] بين ما قاس عليه ابن بكير ، فإن العقد هنا صحيح بخلاف من تزوج الأختين .

ابن القابسي : ومن اختار فراقها فهو فسخ بغير طلاق عند ابن القاسم ؛ لأنه لا يرى لها صداقاً ، ومن رأى لها من الصداق شيئاً فسخ بطلاق ، وقال غيره : بل الفرقة ، على قول ابن القاسم بطلاق ؛ لأنه الذي يختار الفسخ فيمن أراد .

ابن يونس : يريد : وليس كل موضع يكون فيه الفراق بطلاق يلزم فيه الصداق لما يوجد في غير مسألة من الفسخ بطلاق ومن غير صداق .

فَيَرْجِعُ عَلَى الْمُرْضِعَةِ الْمُتَعَدِّيَةِ بِمَا يَغْرَمُ .

هذا تفريع على قول محمد وابن حبيب ، وأما على المشهور فلا غرامة ، وما ذكره المصنف من رجوع الزوج على المرضعة المتعدية ، قاله ابن الكاتب ، وظاهره: أنها لو لم تتعمد كما لو أرضعت غالطة تظن أن الرضعية ابنتها لم تغرم ، وقد يقال بوجوب الغرم عليها وإن لم تتعمد ؛ لأن القاعدة أن العمد والخطأ في الضمان سواء .

وفي « المدونة »[2] ما يؤخذ منه قولان في هذا الأصل ، وذلك لأن في باب الرضاع : ومن تزوج امرأة ورضيعتين في عقدة واحدة ، وسمى لكل واحدة صداقها ، أو في عقود متفرقة فأرضعت الكبيرة إحداهما قبل بنائه بالكبيرة ، وهي في عصمته ، أو فارقها حرمت

---

(١) « المدونة » (٢٨٦/٤) .

(٢) « المدونة » (٢٧٣/٤) .

عليه الكبيرة للأبد، وثبت على الصغيرتين، وإن كـان بعد بنائه حرمت الكبيرة والصغيرة التي أرضعت، ولا صداق للمرضعة، وإن تعمدت الكبيرة الإفساد وللكبيرة الصداق بالمسيس .

وفي النكاح الثالث[1] : وإن نكح الأم آخراً بعد نكاح البنت ، وهو لا يعلم وبنى بها أو بالأم خاصة فارقـهما وحرمتا عليه للأبد ، ولا صـداق للابنة إن لم يبن بها ، وإن كان الفسخ من قبله لأنه لم يتعمده .

وظاهره: أنه لو تعمد ذلك لكان عليه الغرم ، وهو خلاف ما قاله في الرضاع .

ابن عبـد السلام : وليس لك أن تقول : هذا مبني على المفهوم ، وهو ضعيف لا سيما في كلام الفـقهاء ؛ لأن مثـل هذا المفهوم قوي جـداً ؛ لأنه ذكر الصفـة أولاً ، وهي قوله (وهو لا يعلم) وذكر العلة آخراً وهي قوله : (لأنه لم يتعمده) .

اللخـمي : ويختلف في المرضعة هل تغرم النصف للزوج إذا غرمه ؟ أو للصغيرة إن لم يغرمـه الزوج على قول ابن القاسم ؟ فأمـا غرمها لـلزوج فيختلف فـيه قياسـاً على ما لو شهدت عليه بطلاق قبل الدخول ، ثم رجعت البينة ، فقال ابن القاسم : يرجع على البينة بنصفـه ،وقال أشـهب : لا رجوع له عليـها ؛ لأنه لم يوجب عليـه إلا ما كان يـلزمه لو طلق، والأول أحسن ، قال : وأما غرمها للصغيرة ، فإن عللنا بأن المبيع بيد البائع لم يكن لها شيء ، وإن عللنا بأن الكبيرة إنما أسقطت لها دينها بفعلها لزمها الغرم .

وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَى ثَمَانِ كِتَابِيَّاتٍ فَأَسْلَمَ مِنْهُنَّ أَرْبَعٌ ، ومَاتَ قَبْلَ التعيين لَمْ يُوقَفْ شَيْءٌ مِنَ الْمِيرَاثِ ، كَمَا لَوْ قَالَ لِمُسْلِمَةٍ وكِتَابِيَّةٍ : إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ، ومَاتَ ولَمْ يُعَيِّنْ ...

لم يكن لها من الميراث شيء ؛ لأنه لا ميـراث بشك ، والمسلمات هنا مشكوك في بقاء عصمتهن لاحتمال أن يختار الكتابيات لو كان حيا.

وقوله :(**كَمَا لَوْ قَالَ لِمُسْلِمَةٍ وكِتَابِيَّةٍ**) إلى آخره ، يعني : وكان ذلك قبل البناء أو بعده والطلاق بائن ، وأما إن كان رجعيا فيشترط أن تنقضي العدة .

بخلاف مَنْ طَلَّقَ إِحْدَى زَوْجَـتَيْه طَلْقَةً ، وَدَخَلَ بِإِحْدَاهُمَـا ثُمَّ مَاتَ ولَمْ تَنْقَضِ الْعِدَّةُ ، وَجَـهِلَتِ الْمُطَلَّقَةُ ، فَلِـلْمَدْخُـولِ بِهَا ثَلاثَةُ أَرْبَاعِ الْـمِيـرَاثِ وَكُلُّ الصَّدَاقِ ، وَلِلأُخْـرَى رُبُعُ الْمِيرَاثِ وَثَلاثَةُ أَرْبَاعِ الصَّدَاقِ ....

---

(١) « المدونة » (٤/ ٢٧٥) .

صورة المسألة من كلام المصنف بينة ، واستشكل بعضهم ما فرض فيها من جهل عين المطلقة ، قال : لأن الطَّلاق إما أن يعلم من جهة الورثة ، ولا يفيد لأنه محض دعوى على الزوجتين أو إحداهما ، وإما أن يكون من جهة الشهود ، ومثل هذه الشهادة لا تقبل لعدم الضبط .

ثم أجاب : لعل الشهود شهدوا بأنه قال : إحداكما طالق ، وقصد التعيين ، ولم يبينه لهم ، ووقع النزاع بين الزوجين ، وإنما ثبت الميراث هنا لعدم الشك ؛ لأن المدخول بها ترث ، ولا بد لأنها إن كانت المطلقة فعدتها لم تنقض ، وإن كانت غير المدخول بها هي المطلقة فالمدخول بها زوجة ، ولا إشكال في وجوب جميع الصداق للمدخول بها ، وأما الميراث فيقع بينها وبين غير المدخول بها التنازعُ فيه ، فهي تقول : جميع الميراث لي لأنك أنت المطلقة ، وغير المدخول بها تقول للمدخول بها : بل أنت المطلقة فالميراث بيننا نصفين، فنصف الميراث للمدخول بها محقق ، ووقع التنازع بينهما في النصف الثاني ، فيقسم بينهما ، ثم غير المدخول بها تقول للورثة : لي الصداق كاملاً لأن المطلقة غيري ، ويقول الورثة : بل أنت المطلقة قبل البناء ، فليس لك إلا نصفه ، فيكون نصف صداقها محققاً ، ويقسم النصف الآخر بينها وبين الوارث ، وهذا التفريع إنما هو على المشهور ، وذلك أن من ادعى جميع المال وادعى غيره نصفه فعلى المشهور يقال لمدعى النصف : قد سلمت لمدعى الكل في النصف ، وإنما تنازعه في النصف الثاني ، فيتحالفان ، ويقسم النصف بينهما ،ومذهب أَشْهَب :أن الجميع يقسم بينهما على قدر دعواهما ، وروي ذلك عن مالك أيضاً .

واحترز المصنف بقوله : (وَلَمْ تَنْقَضِ الْعِدَّةُ) مما لو انقضت ، فإن الحكم في ذلك أن يكون الميراث بينهما نصفين ، قاله في « المدونة »[1] ، قال فيها : والصداق على ما ذكرنا.

وَلَو اخْتَارَ أَرْبعاً فَإِذَا هُنَّ أَخَوَاتٌ فَلَهُ تَمَامُ الأَرْبَعِ مَا لَمْ يَتَزَوَّجْنَ ، وَقِيلَ : وَلَوْ دَخَلْنَ ، وَقَالَ اللَّخْمِيّ : أَمَّا لَوْ كَانَ بِطَلاقٍ وَبَانَتْ فَلا تَمَامَ لَهُ .....

الأول لابن الماجشون ، والثاني لابن عبد الحكم ، وهي إحدى نظائر المفقود ، وقول اللَّخمِيّ ظاهر لبادئ الرأي ؛ لأن فيه بعد التأمل إشكالاً ؛ لأنه كالمناقض لما سيقوله المصنف أن طلاقه لبعضهن يعد اختياراً ، فعلى هذا إذا طلق أربعاً لم يكن له التمسك بواحدة من

(١) « المدونة » (٤/ ٢٤٥) .

العشر ، إلا أن يفهم كلامه على أن المعنى أنه طلق بعد اختياره فقال مثلاً في فور واحد : اخترت هذه الأربعة وطلقت البواقي ، ولقائل أن يمنع وقوع الطلاق هنا ؛ لأن بمجرد اختياره تبين البواقي منهن ، والله أعلم .

فَإِنْ أَسْلَمَ عَلَى أُمٍّ وابْنَتِهَا فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ أَوْ فِي عَقْدَيْنِ ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ دُخُولِهِمَا حَرُمَتَا ، وإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِوَاحِدَةٍ اخْتَارَ وَاحِدَةً ، وَقَالَ أَشْهَبُ : تَتَعَيَّنُ الْبِنْتُ ، وقِيلَ : بِنِكَاحٍ إِنْ شَاءَ ...

وإنما حرمتا بعد الدخول ؛ لأنَّا وإن لم نصحح أنكحتهم على المشهور فوطؤهم وطء شبهة ، ووطء الشبهة ينشر الحرمة كما تقدم ، وإن لم يدخل بواحدة ، اختار واحدة إما البنت وإما الأم ؛ لأن العقد الفاسد لا أثر له ، وعقدهم فاسد على المشهور .

وقال أشهب : تعين البنت ، وهو إما بناء على صحة أنكحتهم ، وإما لأنه يرى فسادها، ولكن الإسلام صححها .

ونقل في « المدونة »[1] عن بعض الرواة أنه لا يجوز له أن يحبس واحدة منهما .

عياض : وهو أشبه ، قيل : ومعناه : إذا كانا في عقدة واحدة ، وإلا أمسك الأولى ، ولا يكون أشد حالاً من المسلم ، زاد في بعض الروايات في قول غيره : ولا بأس أن ينكح الابنة نكاحا جديداً .

ابن عبد السلام : والزيادة الواقعة في بعض الروايات هي القول الذي حكاه المصنف آخراً؛ أعني قوله :(**وقِيلَ : بِنِكَاحٍ إِنْ شَاءَ**) .

فَإِنْ دَخَلَ بِالْبِنْتِ تَعَيَّنَتْ .

أي : لا يجوز له نكاح الأم بعد الدخول بالبنت ، يعني : وسواء كانا في عقد أو في عقدين كما فرض المصنف أولاً .

خليل : وينبغي على هذا أيضاً أن تتعين البنت في الفرع السابق ، إذا تقدم عقدها لأن العقد على البنت محرم للأم ، وإنما يأتي الخلاف إذا عقد عليهما عقداً واحداً ، أو كانت الأم هي السابقة إلا أن يقال : عقود الكفار فاسدة ، وفيه نظر ؛ لأنا وإن قلنا: إن عقودهم فاسدة ، فالإسلام يصححها ، وعلى القول بصحة أنكحتهم فهذا الكلام واضح ، والله أعلم .

---

(١) « المدونة » (٤/٢٧٧) .

وَإِنْ دَخَلَ بِالأُمِّ فَقِيلَ : تَتَعَيَّنُ ، وقِيلَ : تَنْدَفِعَانِ .

الأول مذهب « المدونة »، **والثاني** لمالك وأشهب ، وهو مبني على أن العقد الفاسد يحرم.

وَلا يَتَزَوَّجُ ابْنُهُ أَوْ أَبُوهُ مَنْ فَارَقَهَا .

أي : إذا فارق الأم لاختياره البنت أو العكس ، أو فارقهما معاً ، أو فارق إحداهما لتعيين الأخرى ، فإن حرمة المصاهرة تنشر بين الأب وابنه وبين من فارقها وظاهر كلامه أن ذلك على التحريم .

والذي في « المدونة »[1] : إذا حبس الأم وأرسل الابنة لا يعجبني لابنه أن يتزوجها ، وفهم منه عياض ما فهم المصنف ، وقال : جعل للعقد هنا تأثيراً في الحرمة ، والذي لابن القاسم في « الموازية » خلافه ، وأنه يحرم بعقد أهل الشرك ، وكذلك الذي يؤخذ من كلام ابن يونس حمل كلام ابن القاسم على أنه ينشر الحرمة كما قال المصنف ، فإنه قال بعد قول ابن القاسم: (لا يعجبني) : يريد لأنه عقد شبهة .

وقال ابن عبد السلام : لا يبعد حمل « المدونة » على الكراهة لوجهين :

أولهما : ليتفق ما في « المدونة » و « الموازية » .

وثانيهما : لو انتشرت حرمة المصاهرة فيما بين الأب وابنه وبين هذه لانتشرت بينه وبين أمها .

فَإِنْ كَانَتَا أُخْتَيْنِ وَشِبْهَهُمَا اخْتَارَ وَاحِدَةً مُطْلَقاً

قوله :**(وَشِبْهَهُمَا)** أي : كالمرأة وعمتها والمرأة وخالتها ، **(اخْتَارَ وَاحِدَةً مُطْلَقاً)** أي : سواء بنى بهما أو بواحدة منهما أو لم يبن بواحدة في عقد أو في عقدين ؛ لأنه إنما يحرم الجمع فقط ، وحكى المتيطي وغيره عن ابن الماجشون: أنه إذا أسلم على أختين انفسخ نكاحهما جميعاً، قال : هو قول من أرضى من علمائنا .

ودليل المشهور: ما رواه الترمذي[2] أن فيروز الديلمي أسلم على أختين فأمره النبي ﷺ أن يختار واحدة .

---

(١) « المدونة » (٤/ ٣١٠) .

(٢) أخرجه الترمذي (١١٢٩)، وابن ماجه (١٩٥١)، والدارقطني (٣/ ٢٧٣). والبيهقي في «الكبرى» (١٣٨٣٦)، وحسنه الألباني - رحمه الله - .

وَالْمَجُوسِي يُسْلِمُ وَعِنْدَهُ عَشْرٌ أَوْ أُمٌّ وَابْنَتُهَا أَوْ أُخْتَانِ مَجُوسِيَّتَانِ قَدْ أَسْلَمْنَ كَذَلِكَ

هذا مستغنى عنه ، وكأنه أشار بهذا الكلام إلى أن الكلام المتقدم خاص بالكتابي ، وبين بهذا أن المجوسي شاركه في ذلك .

وَيُعْتَبَرُ فِي الاخْتِيَارِ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ، فَلَوْ طَلَّقَ وَاحِدَةً أَوْ ظَاهَرَ أَوْ آلَى أَوْ وَطِئَ تَعَيَّنَتْ

يعني : لا يشترط في الاختيار التصريح ، بل يكون بالتصريح وبما يستلزمه كما إذا طلق واحدة أو ظاهر منها أو آلى أو وطئها بعد إسلامه ، إذ لا يفعل ذلك الرجل إلا في زوجته، وينبغي أن تكون مقدمات الوطء كالوطء ، ولا يقال يصح عندنا الإيلاء من الأجنبية لأن العرف أن الإيلاء إنما يكون في الزوجة ، والمعتبر في الدلائل إنما هو العرف كما في الأيمان والإقرار .

وَلَوْ قَالَ : فَسَخْتُ نِكَاحَهَا ، تَعَيَّنَ غَيْرُهَا

إن أراد بقوله : (**تَعَيَّنَ غَيْرُهَا**) للاختيار فظاهر ، وهذا الذي يؤخذ من « الجواهر » . وإن أراد تعيين الرضا بالغير فبعيد .

قال في « الجواهر »(١) : ولو قال : فسخت نكاحها ؛ انفسخ نكاحها ؛ لأنه أوقع بالفسخ عليها أن لا يختار نكاحها .

وَإِذَا أَسْلَمَ الْحَرْبِيُّ الْكِتَابِيُّ لَمْ تَزَلْ عِصْمَتُهُ قَدِمَ أَوْ بَقِيَ إِلا إِذَا سُبِيَتْ وَلَمْ تُسْلِمْ لأَنَّهَا أَمَةٌ كَافِرَةٌ

لم تزل العصمة لأن التي تحته كتابية ، وللمسلم أن يتزوج الكتابية ، وقوله: (**وَلَمْ تُسْلِمْ**) وأما إن أسلمت بقيت في عصمته ، وكذا نص عليه في « المدونة »(٢) .

واعترض إطلاقه بقاء العصمة مع احتمال أن يكون واجداً للطول ولا يخشى العنت ، وأجيب: بأن مراده التقييد .

الإِحْرَامُ : وَلا يَحِلُّ لِمُحْرِمٍ وَلا لِمُحْرِمَةٍ نِكَاحٌ وَلا إِنْكَاحٌ بِخِلافِ الرَّجْعَةِ وَشِرَاءِ الإِمَاءِ

لما في « الموطأ » وغيره : عن عثمان ـ رضي الله عنه ـ أنه عليه الصلاة والسلام قال : «**لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب**»(٣) .

---

(١) « الجواهر » (٢/ ١١٢) .

(٢) « المدونة » (٤/ ٣١٠) .

(٣) أخرجه مالك (٧٧٢)، ومسلم (١٤٠٩) .

وسواء كان الإحرام بحج أو بعمرة ، ولم ير أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ الإحرام مانعاً، واحتج بما في الصحيح عن ابن عباس رضي الله عنه قال : تزوج رسول الله ﷺ ميمونة وهو محرم ، وفي بعض طرقه : وبنى بها وهو حلال .

وأجيب: بأنه أيضاً في الصحيح عن يزيد بن الأصم ، قال : حدثتني ميمونة أنه عليه الصلاة والسلام تزوجها وهو حلال ، قال : وكانت خالتي وخالة ابن عباس .

وبما خرجه النسائي مسندًا ومالك مرسلاً عن أبي رافع أنه عليه الصلاة والسلام تزوج ميمونة وهو حلال وكنت أنا الرسول بينهما .

حديث أبي رافع أولى من حديث ابن عباس ؛ لأنه المباشر للقصة لا سيما وابن عباس كان حينئذ صغيراً ، وإن سلم مساواة حديث ابن عباس لحديث أبي رافع فيتعارضان ، ويسلم حديث عثمان من التعارض .

وقوله : **(وَلَا إِنْكَاحٌ)** الظاهر أنه يريد به الولاية فيكون مقصوراً على الرجل ؛ لأن المرأة ليست أهلاً لها ، ويحتمل أن يريد ما هو أعم من الولاية ومن التسبب في النكاح كالخطبة، فيكون عوده على المحرم والمحرمة .

الباجي[1] : في قوله عليه الصلاة والسلام في حديث عثمان: « **ولا يخطب** » يحتمل أن يريد به السفارة في النكاح ويحتمل أن يريد الخطبة حال النكاح ، أما السفارة فممنوعة، فإن سفر فيه وتناول العقد غيره ، أو سفر فيه لنفسه وأكمل العقد بعد التحلل فلم أر فيه نصا ، وعندي أنه أساء ولا يفسخ ، ويتخرج على قول أصحابنا في من خطب في العدة وعقد بعدها القولان ، وأما من خطب في عقد النكاح وتناول العقد غيره فكما ذكرنا ، وقد أساء من حضر العقد ، رواه أَشْهَب عن مالك ، وقال أصبغ : لا شيء عليه .

وقوله : **(بِخِلَافِ الرَّجْعَةِ وشِرَاءِ الإِمَاءِ)** أي :فيجوز،ولا أعلم في ذلك خلافاً عندنا .

وَيُفْسَخُ وإِنْ وَلَدَت الأَوْلَادَ بِغَيْرِ طَلَاقٍ، ثُمَّ قَالَ: بِطَلَاقٍ

تصوره ظاهر والمشهور الرواية المرجوع إليها .

وَفِي تَأْبِيدِ التَّحْرِيمِ رِوَايَتَانِ

المشهور: نفي التأبيد ، وهو الأصل ، وقاسه في الرواية الأخرى على النكاح في العدة بجامع الاستعجال قبل الأوان .

---

(١) « المنتقى (٥/ ٩٥) .

فَلَوْ وَكَّلَ ثُمَّ أَحْرَمَ فَعَقَدَ لَهُ فُسِخَ

لا خلاف فيه .

خليل : وانظر إذا وكل المحرم حلالاً ليعقد له الوكيل إذا حل ، وقد يتخرج على قولين، هما : إذا خطب في العدة وعقد بعدها .

فرع : منتهى المنع في الحج إلى طواف الإفاضة ، ولو نكح بعد الطواف وقبل ركعتيه فإن عثر عليه بالقرب فسخ بطلقة ، وإن تباعد جاز .

الْمَرَضُ : وَلا يَجُوزُ نِكَاحُ مَرِيضٍ مَخُوفٍ عَلَيْهِ غَيْرِ مَحْتَاجٍ إِلَى الاسْتِمْتَاعِ ، وَيُفْسَخُ وَلَوْ دَخَلَ ، وَرُوِيَ : يَجُوزُ مُطْلَقاً ، وَعَلَى الْمَشْهُورِ: لا صَدَاقَ لَهَا إِنْ لَمْ يَدْخُلْ ....

هو أحد الموانع المتقدمة ، وقسم اللَّخْمِيّ نكاح المريض على ثلاثة أقسام : **جائز** ، **وممنوع** ، **ومختلف فيه** ، فإن كان غير مخوف أو مخوفاً متطاولاً كالسلِّ والجذام وتزوج في أوله جاز ، وإن كان مخوفاً أشرف صاحبه على الموت لم يجز ، واختلف إذا كان مخوفاً غير متطاول ولم يشرف صاحبه على الموت على ثلاثة أقوال ، والمشهور من قول مالك وأصحابه: أنه فاسد ولا ميراث بينهما ، وذكر ابن المنذر عن مالك والقاسم وسالم وابن شهاب جوازه إن لم يكن مضاراً ، أي :إن كانت له حاجة لمن يقوم به أو في الإصابة جاز وإن لم تكن له حاجة إلى شيء من ذلك فهو مضار .

وذكر عن مطرف أنه أجاز ذلك جملة من غير تفصيل ، ونحوه للمتيطي ، وزاد : وعلى المشهور العمل وبه الحكم ، وعلى هذا فلم يذكر المصنف المشهور ، لكن قوله : (**وَعَلَى الْمَشْهُورِ: لا صَدَاقَ لَهَا إِنْ لَمْ يَدْخُلْ**) يقتضي أن ما قدمه هو المشهور ، ونحوه لابن شاس(١) .

وما ذكره المصنف ظاهر،سواء قلنا هو فسخ بطلاق أم لا؛لأنهما مجبوران على ذلك .

فَإِنْ دَخَلَ فَالْمُسَمَّى ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : إِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ صَدَاقِ الْمِثْلِ

القول بأن لها المسمى رواه أَشْهَب وعلي بن زياد عن مالك ، وبه قال عبد الملك وابن نافع وأشهب وأصبغ .

(١) « الجواهر » (١١٣/٢) .

قوله : (وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : إِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ صَدَاقِ الْمِثْلِ) هذا مذهب « المدونة »[١] ففيها في النكاح الثاني : إن دخل كان لها صداقها ، وزاد في كتاب الأيمان بالطلاق : فإن كان ما سمي أكثر من صداق مثلها فلها صداق مثلها .

عياض : فتأوله أبو عمران على أن لها الأقل ، وقال سحنون : هو غلط ، ولها صداق مثلها ، فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال .

وَهُوَ مِنَ الثُّلُثِ اتِّفَاقاً

فيه نظر ؛ لأن القابسي حكى عن المغيرة أنه من رأس المال .

أبوعمران : ورأيت كتاب المغيرة فلم أجده ، وإنما نص أنه من الثلث ، قال : ولا أدري من أين أخذه .

واختار القابسي أن يكون ربع دينار من رأس المال ، وهو الذي يذكره المصنف بعد .

وعلى هذا ففي المسألة ثلاثة أقوال ، ولا يلزم ما ذكره أبو عمران لاحتمال أن ينقل عنه بواسطة دون كتاب . ولا يقال : القول بربع دينار يعارض ما حكاه المصنف من الاتفاق؛ لأنه إنما حكى الاتفاق في كل الصداق ، وهذا القول إنما هو في ربع دينار لجواز أن يكون الصداق كله ربع دينار .

وَيُبدَّي عَلَى الْوَصَايَا والْعِتْقِ ، وفِي مُحَاصَّتِهَا بِالْبَاقِي فِي الْوَصَايَا قَوْلانِ

هكذا قال في « المدونة »: إنه يبدي على الوصايا والعتق ، ثم إنه يحتمل أن يريد بقوله: (والْعِتْقِ) الموصَى به ، ويكون من عطف الخاص على العام ، وتكون فائدته الاهتمام بهذا الفرع لئلا يتوهم خروجه ، ويحتمل - وهو الظاهر - أنه يبدي على الوصايا وعلى العتق الذي يخرج من الثلث إما بتلاً في المرض وإما آيلاً إليه كالمدبر في الصحة والمرض ، وإنما قلنا: إنه الظاهر ؛ لأن فائدة قوله حينئذ : (الْعِتْقِ) التأسيس وعلى الأول التأكيد ، والتأسيس أولى وعلى الاحتمال الثاني : يكون صداق المنكوحة في المرض مقدماً على المدبر، وهو أحد قولي ابن القاسم ، وبه قال سحنون ، والمشهور أن المدبر في الصحة مقدم عليه ، وثالثها : يتحاصّان .

وقوله : (وفِي مُحَاصَّتِهَا بِالْبَاقِي) هذا فرع على قول ابن القاسم ، أي : إذا قلنا: إنها

---

(١) « المدونة » (٤/ ٢٣٤) .

تقوم بالأقل فهل يسقط الزائد ، وهو قول ابن القاسم أو تحاص به في الوصايا ، وهو قول أصبغ .

ابن يونس : وهما مبنيان على الميراث فمن رأى أنهما لا يتوارثان رأى لها الزائد على صداق المثل إذ ليس فيه أكثر من أن يكون وصية لغير وارث ، ومن رأى أنها ترثه لم يعطها الزائد لأنها وصية لوارث .

وما ذكرناه من أنه أراد بالقولين قول ابن القاسم وأصبغ هو الراجح هنا ، وجوز فيه ابن عبد السلام وجها آخر ، وزعم أنه الأرجح ، وهو أن يريد قول أصبغ وعبد الملك وهو أنه يبدأ بالجميع على الوصايا .

وقلنا : الأول أولى ؛ لأن قوله: (**بِالْبَاقِي**) ينافيه ، إذ ظاهر قوله: (**بِالْبَاقِي**) أن الحكم هو الأقل ابتداء ، فيكون هذا مفرعاً على قول ابن القاسم ، وعبد الملك إنما خالفه في أصل المسألة ، فقال : لها جميع المسمى ، ومن لازم ذلك يكون مبدىً بالجميع ، ولا يقال: أن قول ابن القاسم تقدم ، ولا وجه لتكراره ، لأنا نقول : ذكر ذلك لإفادة قول أصبغ . واعترض التونسي قول ابن القاسم بأن هذا الصداق إن غلب عليه حكم المعاوضة فيجب من رأس المال ؛ لأنه ثمن البضع ، كأكل المريض وشربه ،وإن كان البضع لا ثمن له فلا يخرج من الثلث أيضاً ؛ لأنها عطية أريد إخراجها من رأس المال ، وما كان كذلك فلا يخرج منه ثلثه ولا غيره .

وأجيب: بأن ما زاد على صداق المثل عطية في المرض قصد بها رأس المال ، فتبطل مطلقاً وصداق المثل من حيث إنه عن عوض يجب أن يكون من رأس المال ، ومن حيث إنه عن عوض غير متمول يجب كونه كالعطية فوجب التوسط فيه فيكون من الثلث .

وَقِيلَ : أَمَّا رُبُعُ دِينَارٍ فَمِنْ رَأْسِ الْمَالِ

تقدم ، واستحسن عبد الحق هذا القول ، إذ لا يباح البضع بأقل منه كالعبد يتزوج بغير إذن سيده .

ولا تَرِثُهُ ، وكَذَلِكَ نِكَاحُ الْمَرِيضَةِ فِي الْفَسْخِ وَنَفْيِ الإِرْثِ

لا ترثه لفساد النكاح ولأنا إنما هذا فسخناه لأجل الإرث ، وعلى القول بإجازة هذا النكاح ترثه .

وقوله : (**وكَذَلِكَ نِكَاحُ الْمَرِيضَةِ فِي الْفَسْخِ وَنَفْيِ الإِرْثِ**) أي : كما أن نكاح المريض الصحيحةَ لا يصح ، فكذلك نكاح الصحيح المريضة .

وقيد المصنف الشبه بينهما في الفسخ ونفي الإرث ؛ لأن حكم الصداق مختلف فيهما .

فرع :

فإذا مات هو في هذه المسألة فالقياس أنها لا ترثه ، وقد نص مالك في « الموازية » على عكسها ، إذ قيل له من رواية أَشْهَب في الذي ينكح في مرضه حرة مسلمة - يريد صحيحة - فماتت هي ، أيرثها هو ؟ فقال : كيف يرثها ولا ترثه ؟

واعترضه التونسي بأن نكاح المريض إنما منع لزيادة الوارث ، وقد أمن ذلك بموتها ، والذي ذكره مالك هو القاطع ؛ لأن النكاح نسبة بين المتناكحين ، فإذا بطل أحدهما بطل الآخر .

فَإِنْ دَخَلَ فَالْمُسَمَّى

لأن الزوج هنا صحيح لا حجر عليه ، ولا خلاف فيه ، وإنما وجب المسمى لأن الفساد هنا في العقد .

وَلَوْ صَحَّ الْمَرِيضُ مِنْهُمَا قَبْلَ الْفَسْخِ مَضَى ، وَرَجَعَ إِلَيْهِ وَقَالَ : امْحُ الْفَسْخَ بِنَاءً عَلَى أَنَّ فَسَادَهُ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ أَوْ لِعَقْدِه ....

هذه إحدى المحوات الأربع ، وقد تقدمت في الأضحية، وقوله (بِنَاءً... إلى آخره)، أي : فإن قلنا أن فساده لحقِّ الورثة صح النكاح ؛ لأنه لم يبق للوارث حق ، وإن قلنا : (لِعَقْدِه) أي : لمخالفته السنة فسخ ولو صح ، وعلل بعضهم ذلك بأنه فاسد لصداقه، إذ لا يدري هل يخرج من الثلث أو بعضه؟ ورد بأنه لو كان كذلك لمضى بعد البناء كغيره. وأجيب: بأن غيره إذا وجب فيه صداق المثل بالدخول زال العذر لتعلق صداق المثل بالذمة ، بخلافه هنا ، ورد أيضاً بأن إخراج الصداق من الثلث معلل بفساد النكاح ، فلو جعل الإخراج من الثلث علة للفساد للزم الدور .

فرع :

وإذا فرعنا على القول بالصحة فهل يعجل بالفسخ قبل الصحة إذا اطلع عليه؟ وهو الذي في « الموازية » ، قال فيها :ويفسخ وإن دخل.

وقال ابن كنانة : يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده .

وقال ابن القصار : الفرقة استحسان ؛ لقول مالك : إذا صح ثبت النكاح .

اللخمي : وهو أصوبها ، فيؤمران الآن ، ولا يجبران ؛ لأنا لا نقطع أنه مرض موت ، ويمكن أن يصح فينكشف أن العقد صحيح فيوقف عنها ، ويتربص حتى ينظر ما يؤول إليه أمره .

ابن عبد السلام : والذي في « الموازية » أشهرها .

وَمُقْتَضَى الأَوَّلِ: صِحَّتُهُ فِي النَّصْرانِيَّةِ وَالأَمَةِ ، وَأُجِيبَ بِجَوَازِ الإِسْلامِ وَالْعِتْقِ .

أبو مصعب : يصح للمريض نكاح الكتابية والأمة، وهو مقتضى التعليل بأن الفساد لحق الورثة إذ هما لا يرثان ، وهذا معنى قوله: (**وَمُقْتَضَى الأَوَّلِ صِحَّتُهُ فِي النَّصْرانِيَّةِ وَالأَمَةِ**) .

ابن محرز : وأكثر المذهب على خلاف قوله ، وأنه لا يصح فيهما ؛ لأن الأمة قد تعتق والنصرانية قد تسلم قبل الموت ، فتصيران من أهل الميراث .

بعض البغداديين : وهذا القول أصح .

وقال اللَّخْمِيّ وغيره من القرويين : قول أبي مصعب أحسن ؛ لأنه أوقع النكاح في حال لم يدخل به على الورثة ضرراً ، وما يترقب من الإسلام والعتق مشكوك فيه ، وهو نادر ، والأصل عدمه .

فرع :

وإذا أذن له الورثة الرشداء أن يتزوج حرة مسلمة ، فقال محمد : لا يجوز لاحتمال موت الآذن ومصير الميراث لغيره .

واعترض تعليله بجواز إيصاء المريض بأكثر من الثلث إذا أذن له ورثته مع احتمال أن يصير الميراث للغير .

وأجيب: بأن باب الوصية أوسع أبواب العطايا ، والعطية لا يضر فيها الغرر ولا الخيار، وباب النكاح معاوضة يفسده الغرر القوي والخيار ، والله أعلم .

الخيار : وَلِكُلٍّ مِنَ الزَّوْجَيْنِ الْخِيَارُ بِالْعَيْبِ وَالْغُرُورِ ، وَلِلزَّوْجَةِ الْخِيَارُ بِالْعِتْقِ

يعني : أن للخيار ثلاثة أسباب ؛ اثنان يستوي فيهما الرجل والمرأة ، وهما : العيب

والغرور بالحرية ، والثالث خاص بالمرأة وهو العتق إذا كان زوجها عبداً ، ثم أخذ يتكلم عليها أولاً فأولاً ، فقال :

وَالْعَيْبُ : الْجُنُونُ ، وَالْجُذَامُ ، وَالْبَرَصُ ، وَدَاءُ الْفَرْجِ مَا لَمْ يَرْضَ بِقَوْلٍ ، أَوْ تَلَذُّذٍ ، أَوْ تَمْكِينٍ، أَوْ سَبَقَ عِلْمٌ بِالْعَيْبِ ....

يعني: أن العيوب الموجبة للرد أربعة ، منها ثلاثة يستوي فيها الرجل والمرأة ، وهي الجنون والجذام والبرص ، وأما داء الفرج فمختلف فيها كما سيأتي .

المتيطي : ولا خلاف أعلمه بين مالك وأصحابه أن للزوج رد المرأة بالعيوب الأربعة ، وقاله عمر وعلي رضي الله عنهما.

بعض الموثقين : ولا مخالف لهما .

وقوله : (**مَا لَمْ يَرْضَ**) ، فالاستثناء راجع إلى غير مذكور ، وهو لازم العيب الذي هو وجوب الخيار ، ولا يرجع إلى العيب ؛ لأنه وإن حصل الرضا فهو عيب ، وفاعل (**يَرْضَ**) ضمير عائد على أحد الزوجين ، وكذلك قوله : (**أَوْ سَبَقَ عِلْمٌ**) يريد : من أحدهما بعيب الآخر، وهو ظاهر .

وَالْجُنُونُ : الصَّرَعُ أَوْ الْوَسْوَاسُ الْمُذْهِبُ لِلْعَقْلِ

نحوه للباجي[1] .

اللخمي : وإن كان الصرع في بعض الأوقات ، ولو في كل شهر مرة ؛ لأن المصروع تنفر منه النفوس وتخافه .

وَقَلِيلُ الْجُذَامِ والْبَرَصِ ، وَكَثِيرُهُمَا فِي الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ سَوَاءٌ ، وَرَوَى أَشْهَبُ أَنَّ الْبَرَصَ فِي الرَّجُلِ مُحْتَمَلٌ وَإِنْ غَرَّهَا ....

أما قليل الجذام فنص اللَّخْمِيّ والمتيطي أن المرأة ترد منه كما قال المصنف .

ابن وهب في «العتبية»[2] : وذلك إذا كان جذاماً لا شك فيه ، وإن لم يكن فاحشاً ولا مؤذياً ؛ لأنه لا تؤمن زيادته ، وإن شك فيه لم يفرق بينهما .

---

(١) « المنتقى » (١٣٦/٥) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٤٣٨/٤) .

وظاهر ما حكاه المصنف عن أَشْهَب في البرص الإطلاق ، سواء كان يسيراً أو كثيراً ، وهكذا حكاه عبد الوهاب .

وقال في «البيان»[1] : إن كان البرص قبل العقد وكان شديداً كان لها رده باتفاق ، وإن كان يسيراً ردته على رواية ابن القاسم ، وإن أمنت زيادته .

وقال أشهب : لا يرد به إلا أن لا تؤمن زيادته. قال : وإن حدث به البرص بعد العقد، فإن كان يسيراً فلا يفرق بينهما باتفاق ، وإن كان كثيراً ، فهل يفرق بينهما أو لا خلاف.

وأما البرص في المرأة ، فإن كان قبل العقد كان للرجل ردها به ، وإن كان كثيراً أو يسيراً إذ لا تؤمن زيادته باتفاق ، وإن كان يسيراً تؤمن زيادته فعلى اختلاف ، وأما إذا حدث بها بعد العقد فهى مصيبة نزلت بالزوج ، إن شاء طلق ولزمه نصف الصداق ، وإن شاء أمسك .

فرع :

ظاهر المذهب: أنه لا يرد بجذام أحد الأبوين ، قاله ابن راشد .

وأخذ اللَّخْمِيّ من تعليله في « مختصر ما ليس في المختصر » وجوب الرد بالجذام لقلة سلامة الولد والنسل منه ، أن جذام أحد الأبوين عيب ، قال : ورأيت ذلك في امرأة كان والدها أجذم ، ولم يظهر فيها وظهر في عدد من أولادها .

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الأَجْذَمِ : إِنْ رُجِيَ بُرْؤُهُ ضُرِبَ لَهُ الأَجَلُ .

هكذا قال في «الاستذكار»[2] : إن ابن القاسم وأصحاب مالك قالوا : يؤجل المجنون إذا أمن عليها سنة ، وكذلك المجذوم .

قال : وقال ابن عبد الحكم عن مالك : يحبس المجنون في الحديد ، فإن راجعه عقله وإلا فرق بينهما ، ولم يذكر تأجيل سنة .

وفي «المتيطية» : الحر يؤجل عاماً في الاعتراض والجنون والجذام والبرص. والتأجيل ليس خاصاً بالرجل ، فقد حكى الباجي[3] أنه يضرب للمرأة أجل في معالجة نفسها من الجنون والجذام والبرص وداء الفرج ، وقد أشار إليه ابن حبيب في معالجة الرتقاء نفسها .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/٤٣٨) .

(٢) «الاستذكار» (٦/٢٠٨) .

(٣) « المنتقى » (٥/١٣٦) .

الباجي[١] : ويؤجل في الجنون والجذام السنة ، وأما الرتق فبحسب الاجتهاد في ذلك .

فرعان :

الأول : **ابن راشد** : وإذا أجل المجنون سنة قبل البناء ، فهل لها نفقة إذا دعت إلى البناء؟

ابن رشد : الظاهر لا نفقة لها ؛ لأنها منعت نفسها لسبب لا قدرة له على دفعه ، فكان معذوراً بخلاف التي منعت نفسها حتى يؤدي صداقها ؛ إذ لعل له مالاً فكتمه .

الثاني : إذا كان للأجذم إماء ، فقال ابن القاسم في « العتبية »[٢] في الشديد الجذام : يمنع من وطئهن إذا كان في ذلك ضرر .

وقال سحنون : لا أرى أن يمنع ، إذ قد يؤول ذلك به إلى الزنى .

وَدَاءُ الْفَرْجِ فِي الرَّجُلِ: مَا يَمْنَعُ الْوَطْءَ كَالْجَب ، والْخصَي ، وَالْعُنَّة ، وَالاعْتِرَاض ، فَالْمَجْبُوبُ : الْمَقْطُوع ذَكَرُهُ وأُنْثَيَاهُ ، وَالْخصِي : الْمَقْطُوعُ أَحَدُهُمَا وإِنْ كَانَ قَائِمَ الذَّكَر ، والْعِنِّينُ : ذُو ذَكَرٍ لا يَتَأَتَّى به الْجِمَاعُ ، والْمُعْتَرضُ : بِصِفَةِ الْمُتَمَكِّنِ وَلَا يَقْدِرُ ، ورُبَّمَا كَانَ فِي امْرأَةٍ دُون أُخْرَى ، وَقَدْ يُفَسَّرُ الْعِنِّينُ بِالْمُعْتَرضِ ....

قوله : (**مَا يَمْنَعُ الْوَطْءَ**) هو على حذف مضاف ؛ أي : لذة الوطء ، وعلى حذف صفة؛ أي : الوطء الكامل ، وإنما قلنا ذلك ؛ لأن الخصي إذا كان قائم الذكر يمكنه الوطء فلا يصح قوله :(**يَمْنَعُ الْوَطْءَ**) ، ولا يقال : ينبغي للمصنف أن يسقط الكلام على المجبوب هنا ؛ لأنه إذا ثبت الرد للمرأة بقطع إحداهما لزم أن يكون كذلك مع قطعهما ؛ لأنا نقول: إنما القصد هنا بيان معاني هذه الألفاظ .

فقوله : (**لا يَتَأَتَّى به الْجِمَاعُ**) أي : لصغر، ويقال للمعترض: المربوط ، ويقال: إن سببه السحر ، وما ذكره المصنف في تفسير الخصي هو المعروف ، وقيل : الخصي : المقطوع الأنثيين .

وقوله : (**وَقَدْ يُفَسَّرُ الْعِنِّينُ بِالْمُعْتَرضِ**) ؛ أي : وقد يطلق الأصحاب لفظ العنين ويكون مرادهم به المعترض.

---

(١) « المنتقى » (٥/١٣٧) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٤/٤٣٨) .

فَفِي الْجَبِّ وَالْخصي والْعُنَّة الْخِيَارُ ، وَقِيلَ : إلا في القَائِمِ الذَّكَرِ إلا أَنْ يَكُونَ مَقْطُوعَ الْحَشَفَةِ ....

أي : الخيار للمرأة ؛ إما أن تقيم أو تفارق ، وقوله : (**وَقِيلَ : إلا فِي القَائِمِ الذَّكَرِ**) هو لسحنون ، وصرح في بعض النسخ باسمه ، وهو مشكل ؛ لأن كمال اللذة لا يحصل للمرأة إلا بالإنزال ، وإذا لم يكن للزوج أن يعزل إلا بإذن زوجته كما تقدم ، فهنا أولى .

وقوله : (**إلا أَنْ يَكُونَ مَقْطُوعَ الْحَشَفَةِ**) ؛ أي : فيوافق سحنون على أن للمرأة حينئذٍ رده ، وكذلك قال اللخمي : إن كان مجبوباً أو حصوراً أو عنيناً أو مقطوع الحشفة ردته .

واختلف في الخصي القائم الذكر ، وهل المحصور من لا ذكر له ألبتة ، أو له ذكر صغير ، فيرجع إلى العنين؟ قولان ، وفسر ابن عباس الحصور بالذي لا ينزل الماء ، وقتادة ومجاهد بالذي لا يأتي النساء .

وَأَمَّا الْمُعْتَرَضُ فَيُؤَجَّلُ - إِذَا لَمْ يَسْبِقْ مِنْهُ وَطْءٌ لَهَا - سَنَةً مِنْ يَوْمِ تَرْفَعُهُ ، وَفِي الْعَبْدِ رِوَايَتَان: مِثْلُهُ ، وَنِصْفُهَا ....

احترز بقوله : (**إِذَا لَمْ يَسْبِقْ مِنْهُ وَطْءٌ لَهَا**) مما لو تقدم له فيها وطء ، ثم اعترض بأنها مصيبة نزلت بها .

اللخمي : ويجري فيها قولاً آخر: أن لها القيام ،قياساً على أحد قولي مالك إذا وطئها مرة ثم قطع ذكره ، ومقتضى كلام ابن بشير: أن هذا القول منصوص .

وقوله : (**سَنَةً**) أي : لتمر عليه الفصول الأربع ، فإن الدواء قد ينفع في فصل دون فصل. وقال بالتأجيل سنة عمر وابن مسعود وعلي ـ رضي الله عنهم ـ وأكثر الصحابة ، بل نقل ابن يونس[1] إجماع الصحابة على ذلك ، وروي عن علي أنها مصيبة نزلت بها .

وقوله : (**مِنْ يَوْمِ تَرْفَعُهُ**) ، هكذا قال ابن المواز .

الباجي[2] : وهكذا عبارة أصحابنا ، وتحقيق ذلك عندي: أن أول السنة من يوم يحكم السلطان ؛ وذلك أن رفعها للسلطان لا يوجب لها الحكم إلا بعد إقرار الزوج أو إثبات ما يوجب ذلك لها .

وقوله : (**وَفِي الْعَبْدِ رِوَايَتَانِ**) المشهور النصف ، وهو مذهب « المدونة » قياساً على

---

(١) «الجامع» (٤/٢٤٧) . (٢) « المنتقى » (٥/١٣٨) .

طلاقه ، واختار غير واحد الرواية بالسنة ؛ لأن المعنى الذي قدره بالسنة لأجله موجود فيهما .

فرع :

فإذا كان مريضاً فقال ابن القاسم : لا يضرب له الأجل حتى يصح .

واختلف فيمن ضرب له الأجل فمرض ، فقال ابن القاسم : إن مضت السنة وهو مريض أو مرض بعضها طلق عليه عند انقضاء السنة ولم يستأنف له أجل .

وقال أصبغ وغيره : إن مضت السنة وهو مريض لم يطلق عليه ويستأنف السنة .

وقال ابن الماجشون : إن مضى بعض السنة وهو مريض لم يطلق عليه عند انقضائها ، هكذا حكى المتيطي وغيره هذا الفرع .

خليل : وينبغي أن يفهم قول أصبغ على أنه إن مضى بعض السنة وهو مريض أن ذلك يحسب عليه ، وإلا لتداخل مع قول ابن الماجشون .

وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي الْوطْءِ مَعَ يَمِينِهِ بَعْدَ أَنْ تَوَقَّفَ حِينَ نَزَلَتْ بِالْمَدِينَةِ

إذا ادَّعى المعترض أنه وطئ ، فحكى المتيطي في تصديقه خمسة أقوال ، وروى ابن القاسم عن مالك ما ذكره المصنف أن القول قوله بيمين ، وبه قال ابن الماجشون وأصبغ وابن حبيب .

ابن عبد السلام وغيره : وهو المشهور، ولمالك في « الواضحة » :يصدق بغير يمين ، وبه قال عبد الوهاب[1] ، وروى ابن وهب يُدَيَّن في الثيب وينظر النساءُ البكرَ ، فإن كانت ساقطة العذرة صُدِّق وإلا فلا ، وروى الواقدي عن مالك أنه لا يصدق في الثيب أيضاً ، ويجعل معها أمينة فتنظر إذا غشيها ، وأجاز قبول امرأة واحدة ، وهو محل ضرورة ، وروى الوليد بن مسلم عن مالك والأوزاعي أنه يخلى معها وبالباب امرأتان ، فإذا فرغ نظرتا فرجها ، فإن كان فيه مني فهو صادق ، وإلا فهو كاذب، لكنه إنما حكى هذا الخلاف فيما إذا أنكر الاعتراض ابتداء ، وقال : أصبتها قبل ذلك، أما إذا أقر في الأولى بتعذر الوطء ، ثم ادعى الوطء بعد ذلك في الأجل ، فالظاهر من المذهب أنه لا يصدق ؛لأنه مدَّعٍ لأمر قد ثبت إنكاره فيه ، فيجب أن يكون القول قولها ، وتحلف على دعواه ، إلا أن

---

(١) « المعونة » (٥١٧/١) .

يقال: هو موكول إلى أمانته أولاً وآخراً فقريب ، لكن الصواب - إن شاء الله - ما قدمناه، ونحوه ذكر الباجي في « منتقاه »[١]. انتهى .

وعلى هذا فقول المصنف : **(وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي الْوطْءِ مَعَ يَمينه)** إنما هو إذا أنكر ذلك ابتداء .

خليل : لكن ظاهر «المدونة» وابن يونس وغيره من الأشياخ يخالف ما قاله المتيطي ؛ لقوله في « المدونة »[٢]، وإذا قال المعترض في الأجل جَامَعْتُهَا دُيِّن وحلف ، فإن نكل حلفت وفرق بينهما ، فإن نكلت بقيت زوجة ، وتوقف فيها مالك مرة إذ نزلت بالمدينة ، وأفتى غيره بأن تجعل الصبرة في قبلها ، وقال ناس : يجعل النساء معها. انتهى .

فقوله : في الأجل ، يقتضي أن ذلك بعدما أقر أولاً بالاعتراض ؛ إذ لا يضرب له الأجل إلا بذلك ، وكلام ابن يونس نحوه ، ونقل اللَّخْمِيّ عن مالك فيمن أقر بالعنة وادعى بعد الأجل أنه أصاب أن القول قوله ، وهو خلاف ما نص عليه المتيطي أنه لا يقبل.

اللخمي : واختلف بعد القول أنه يُدَيَّن إذا أنكر العنة من الأصل ، فهل يحلف ، وأما إن أقر وادعى زوال ذلك حلف قولاً واحداً .

وقول المصنف: **(بَعْدَ أَنْ تَوَقَّفَ حِينَ نَزَلَتْ بِالْمَدِينَةِ)** هو نحو ما ذكرناه عن« المدونة » .

وأشار ابن عبد السلام إلى أن هذا التوقف ليس كغيره ، من أنه مضى له زمان في التوقيف ثم أجاب ، وإنما توقف في مجلس الأمين ثم أجاب .

فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَتْ ، فَإِنْ نَكَلَتْ بَقِيَتْ زَوْجَةً

هذا كلفظ « المدونة » المتقدم .

وفي « الموازية » « والواضحة » [٣]: إذا نكل طلق عليه، قال في «الموازية» : ولو سأله اليمين قبل الأجل فأبى ثم حل الأجل ، فقال : أصبت ، وأراد أن يحلف فذلك له ، وليس الحكم قبل الأجل بشيء ، وإن نكل الآن طلق عليه .

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٣٧) . (٢) « المدونة » (٤/ ٢٦٤) .

(٣) انظر : «النوادر والزيادات» (٤/ ٥٣٩) .

وَرُوِيَ: يَنْظُرُ النِّسَاءُ الْبِكْرَ

قد قدمنا هذه الرواية ، وظاهرها: أنه لا يكتفي بالمرأة الواحدة .

المتيطي وغيره : وظاهر إطلاقات الأشياخ أن النساء ينظرن إلى نفس الفرج.

وقال بعض الأشياخ : تجلس المرأتان خلفها وتجعل مرآة أمام فرجها ، ويقولان لها : افتحيه ، وينظران ذلك في المرآة .

مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم تفريعاً على المشهور : وإن أتت المرأة بامرأتين يشهدان بعذرتها لم يقبلا ؛ لأنه يؤول إلى الفراق .

فَإِنْ تَقَارَرَا ، أَوْ صُدِّقَتْ الْبِكْرُ خُيِّرَتْ فَيُؤْمَرُ بِطَلاقِهَا ، فَإِنِ امْتَنَعَ طَلَّقَ الْحَاكِمُ طَلْقَةً بَائِنَةً

أي : فإن تقارر الزوجان على عدم الإصابة بكراً كانت أم ثيباً ، أو صدقت البكر على الرواية الشاذة أنه ينظرها النساء ، فإن وافقنها على بقاء البكارة خيرت ؛ أي : في البقاء والفراق .

وقوله : (**فَيُؤْمَرُ بِطَلاقِهَا**) أي : فإن اختارت الفراق أمر الزوج أن يطلقها ؛ لأن الطَّلاق بيده ، فلا ينتقل إلى الحاكم إلا بامتناعه ، وله أن يوقع ما شاء ، فإن أبى طلق الحاكم عليه طلقة بائنة .

أصبغ : وإن طلق الإمام هنا ، وفي النفقة والإيلاء أكثر من واحدة ، لم يلزمه إلا واحدة، واختلف هل يوقع الحاكم الطَّلاق بنفسه أو يملكه المرأة فتوقعه هي ؟وكذلك كل ما في معنى هذه من امرأة المولي والمعتقة تحت العبد على قولين ، وانظر حججهما في «أحكام ابن سهل» :

فَإِنِ اخْتَارَتْهُ ثُمَّ أَرَادَتِ الْفِرَاقَ فَلَهَا ذَلِكَ بِخِلافِ غَيْرِهِ ؛ لأَنَّهَا تَقُولُ : رَجَوْتُ عِلاجَهُ

يعني : فإن اختارت المقام معه ، ثم بدا لها وطلبت الفراق ، فلها ذلك ، بخلاف غير المعترض من الأزواج من ذوي العيوب ؛ لأنها في المعترض تقول: رجوت أن يبرأ. وهكذا قال في « المدونة » إلا أنه فرض المسألة في ابتداء النكاح لا بعد الأجل ، ففيها[1] : وإن علمت به حين تزوجته أنه مجبوب أو خصي أو عنين لا يأتي النساء رأساً أو أخبرها بذلك، فلا كلام لها ، وإن لم تعلم ذلك في العقد ثم عملت به وتركته وأمكنته من نفسها فلا

(١) « المدونة » (٤/٢١٣) .

كلام لامرأة الخصي والمجبوب ، وأما العنين فلها أن ترافعه ؛ لأنها تقول تركته لرجاء علاج أو غيـره ، إلا أن تتزوجه وهي تعلم به كـما وصفنا فـلا كلام لها بعـد ذلك ، وظاهر ما حكاه المصنف أن لها الفـراق سواء قامت بإثر اخـتيارها للمقـام أو بعد طول ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في « العتبية » « والموازية » ، لكنه قال في « الموازية » : يوقف مكانه بغير ضرب أجل ، وليس لها أن تفارق دون سلطان .

وقال في « العـتبـية »[1] : ولها أن تطلِّق نفـسها وإن لم ترفع إلـى السلطان، فرأى في «الموازية» أنه أمـر مختلف فـيه ، فـلا بد من حاكم يحكم بصـحته ، ورأى فـي الثاني أن الحاكم لما ضرب الأجل كان كالحكم .

ولابن القاسـم في « المبسوط » : لا قـيام لهـا بعد الرضـا ، وقال عبـد الوهاب[2] : يضرب له الأجل ثانياً ، فإن أصاب وإلا فلها الخـيار، وقال ابن حبيب : إن قامت بحدثان رضاها لم يكن لها ذلك ، وإن كان بعده بزمان ، وقالت : رجوت أنه ألا يتمادى به ،كان لها القيام ، ونحوه لابن كنانة.

فرعان :

الأول : إذا انقطع ذكـر المعـتـرض قـبل الأجل ، فـقـال ابـن القـاسم في « الموازية » و«العتبية»[3]: يتعجل الفراق. وروى محمد عن أَشْهَب وعبد الملك وأصبغ أنه لا فراق في ذلك ، وهي مصيبة نزلت بالمرأة .

وحكى في « البـيـان »[4] ثالثاً عن مالك أنه لا يعجل بالـفراق حتى تنقضي السنة ؛ إذ لعلها سترضى بالإقامة .

الباجي[5] : وأجمعوا في المولي يقطع ذكره أنه يبطل الأجل ، وتثبت الزوجية .

ونقل في « البـيـان » عن مـالك رواية في المولي أنه إذا آلَى منهـا قبل البناء وضـرب له الأجل ثم انقطع ذكره أنه يفرق بينهما ، بخلاف ما لو انقطع بعد البناء ، قال : ولا خلاف

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/ ٤٨٤) .

(٢) « التلقين » (١/ ٣٢٨) .

(٣) « البيان والتحصيل » (٤/ ٤٨٤) .

(٤) « البيان والتحصيل » (٤/ ٤٨٤) .

(٥) « المنتقى » (٥/ ١٧٥) .

بينهم فيمن انقطع ذكره بعد البناء ولم يكن مؤليا أنه لا يفرق بينه وبين زوجته، فانظره مع كلام الباجي .

الثاني : إذا كان لرجل ذكر كبير فلم تقدر المرأة عليه .

ابن راشد : وقد نزلت هذه عند قاضي الجماعة في عصرنا ، فنحا في الجواب أن يلبد ويبقى منه قدر معتاد ، فقلت له : حين الإصابة لا يراه أحد فقد يزيد ويضرُّ بالمرأة . والذي أراه: أن يفرق بينهما ؛ لأنا إنما نوجب لها الخيار في العنين لعدم انتفاعها بوطئه ، وهذه لا تنتفع بوطئه بل تتضرر ، إلا أن تساعده المرأة على أنه لا يضرُّ بها بعد تبقية البعض ثم إذا لفَّه فما المقدار الذي يبقى ، فلم أرَ نقلاً إلا في ورقة من ورق ذكر فيها أنه يبقى منه اثنا عشر أصبعاً .

وَلَهَا الصَّدَاقُ بَعْدَ الأَجَلِ كَامِلاً كَالْمَجْبُوبِ والْعِنِّينِ والْخَصِيِّ يَدْخُلُونَ ؛ لأَنَّهُ قُدْرَتهم مِنَ الْمَسِيسِ ، ورُوِيَ نِصْفُهُ ...

القول بأن لها الصداق بعد الأجل كاملاً مذهب « المدونة » ؛ لأنها مكنته من نفسها وطال مقامها معه ، وتلذذ وأخلق شورتها .

أبو عمران : جعل مالك الحجة في «التكميل» التلذذ وإخلاق الشورة ، وظاهر هذا: أنه متى انخرم أحدهما لم يكمل ، واختار ابن القصَّار الرواية بالنصف ؛ لأن المتبادر من قوله تعالى: ﴿ **وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ** ﴾ [البقرة :٢٣٧] الوطء .

واحتج المصنف للرواية الأولى بالقياس على المجبوب وما في معناه ، والجماع حصول انتفاع كل منهما بحسب الإمكان ، وقد يفرق للثانية بأن المجبوب إنما دخل على التلذذ فقد حصل ، بخلاف المعترض فإنه إنما دخل على الوطء التام ولم يحصل ، وقول ابن الجلاب[1]: فإن طال مقامه فلها الصداق كاملا رواية واحدة ليس بظاهر لما ذكره المصنف وغيره من الرواية بالنصف .

وفهم من قوله : (**بَعْدَ الأَجَلِ**) أنه لو لم يطل مقامه معها لا يكمل ، وهو المشهور.

وعن مالك والمغيرة وابن كنانة أنه يجب لها الجميع بنفس إرخاء الستر ، وإن لم يمسها ولا طالت إقامتها.

---

(١) « التفريع » (١/ ٤١٤) .

وروي عن مالك : إن ضرب لها الأجل بقـرب البناء فلها نصف الصداق، وبه أخذ ابن عبد الحكم وروى أَشْهَب : إن رفعته بعد طول مدة فلها الصداق كله .

وَدَاءُ الْفَرْجِ فِي الْمَرْأَةِ : مَا يَمْنَعُ الْوَطْءَ أَوْ لَذَّتَهُ كَالرَّتَقِ ، والْقَرَنِ ، والْعَفَلِ ، وزِيدَ الْبَخَرُ والإِفْضَاءُ ...

عياض : **الرتق** بفتح الراء والتاء : التصاق موضع الوطء والتحامه، **والعفل** بفتح العين المهملة وفتح الفاء : في النساء كالأدرة في الرجال ، وهو بروز لحم في الفرج .

والقَرْن بفتح القاف وسكون الراء : مثله ، لكنه قد يكون خلقة غالباً ، ويكون عظماً ، وقد يكون لحماً، وقال غيره : وأما **القرَن** بفتح الراء فهو المصدر ، وهو الأحسن هنا ليكون موافقاً لباقي العيوب في أنها كلها مصادر ، ومن عد الفتح خطأ فقد أخطأ .

قـوله : (**وزِيدَ الْبَـخَرُ والإِفْـضَاءُ**) زادهما فـي الجلاب[(١)] ، فالبخـر نتن الفرج ؛ لأن المصنف أخبر بذلك عن داء الفرج ، وهو قريب مـن قول اللخمي : ترد المرأة بعيب الفرج إذا كان مما يمنع الجمـاع كالرتق والقرن ، أو لا يمنع كالعـفل والنتن والاستحاضـة والإفضاء وحرق النار. انتهى .

فزاد الاستحاضة وحرق النار، وبكلام اللَّخْمِيّ يظهر لك كلام قول المصنف : (**مَا يَمْنَعُ الْوَطْءَ أَوْ لَذَّتَهُ**) .

وكذلك نص محمد على أن حرق النار عيب .

اللخمي : ويختلف في أربعة : السواد ، والقرع ، والبخر ، والخشم، والظاهر من قول مالك : لا ترد بها .

وقـال ابن حـبـيب : ترد بالسواد إذا كـانت من قوم لا سواد فـيهم ، فهو كـالشوط ، وبالقرع، ويأتى على ما في الجلاب من الرد بنتن الفـرج أن ترد بالبخر ،والخشم ؛ لأن نتن الأعلى أولى لقرب مضرته .

وقال ابن بشير : المشهور في القرع والسواد نفي الرد ، وكذلك قال الباجي[(٢)] : لم أر ما قاله ابن حبيب لغيره ، وظاهر المذهب: أنها لا ترد بذلك كالجرب .

---

(١) «التفريع» (١/ ٣٩٥) .

(٢) « المنتقى » (٥/ ١٧٥) .

وزاد صاحب « البيان »[١] عن ابن حبيب : أنها ترد بالعرج .

قال في « الموازية » : ولا ترد إذا وجدها عجوزاً .

اللخمي : وأرى أن ترد إذا وجدها كبنت الأربع سنين لامتناع الوطء حينئذٍ ، والمضرة عليه في الصبر .

ابن راشد : والظاهر لا رد له بالصغير .

فرعان :

الأول : إذا كان شيء من هذه العيوب خفيفاً يجامع معه ، فقال في «المدونة» وغيرها : ترد إذا كان عند أهل المعرفة من العيوب ؛ إذ المجنونة والبرصاء والجذماء يقدر على جماعهن وهي ترد به .

وقال ابن حبيب : لا ترد بذلك إلا أن يكون عيبا يمنع اللذة .

اللخمي : والأول أحسن، وقد أبان مالك العلة في ذلك .

الثاني : نص اللَّخْمِيّ على أن لأحد الزوجين أن يرد صاحبه إذا وجده عذبوطاً ، وهو الذي يحدث عند الجماع، قال: وقد نزل ذلك في زمان أحمد بن نصر ـ صاحب سحنون ـ وادعاه كل من الزوجين على صاحبه ، فقال أحمد : يطعم أحدهما تينا ، والآخر فقوسا، فيعلم من هو منهما .

والعذبوط : بكسر العين وفتح الباء بواحدة من تحتها ، وبالذال والواو ساكنتين ، هكذا ضبطه الجواليقي ، وذكره ابن فارس في «مجمله»، والجوهري[٢] بالياء ، ويقال للمرأة: عذيوطة.

إلا أَنْ يَكُونَ الرَّتَقُ مِمَّا يُعَالَجُ إِلا أَنْ تَمْتَنِع مِن الْعِلاجِ ، وَلا تُجْبَرُ إِنْ كَانَ خِلْقَةً

هذا استثناء مما تقدم ؛ أي : الرتق عيب ترد به المرأة إلا أن يكون الرتق مما يعالج ، ولا تجبر على العلاج إن كان خلقة .

وفهم من كلامه: أنها تجبر إذا لم يكن خلقة ، كما يفعله بعض السودان ، وبذلك

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/٤٠٦) .

(٢) « الصحاح » (١/٤٥٥) .

صرح في « الموازية » وزاد فيها : إذا قال النساء : إن ذلك لا يضر بها ، قال : وأما إن رضيت في الخلقة بالبطءٍ فلا خيار للزوج .

اللخمي : والرتق على أربعة أوجه ، فإن كان لا ضرر في قطعه ولا عيب في الإصابة بعد القطع فالقول قول من دعا منهما إلى القطع ، وإن طلق بعد رضاها وقبل القطع لزمه نصف الصداق ، وإن كرهته فطلق الزوج لذلك فلا شيء عليه ، وإن كان في القطع ضرر عليها ولا عيب بعد ذلك في الإصابة فالخيار لها دونه ، وإن كان لا ضرر عليها في القطع وفي الإصابة بعد ذلك عيب فالخيار له دونها ، وإن كان القطع فيه الضرر ، وفي الإصابة أيضاً عيب فالخيار لكل واحد منهما.

أصبغ : وإن قامت للعلاج وهو يستمتع بها ، فإن طال كطول أمد العنين في علاجه فلها جميع الصداق كالسنة ، وما قاربها من كثير الأشهر.

المتيطي : وفي قول أصبغ نظر، وإذا تمتع بها ولو مرة واحدة فَلِمَ لا يكون تمتعه بها رضا منه بدائها ؟

ابن عبد السلام : قال بعضهم : وأجل العلاج في داء الفرج بحسب الاجتهاد، وأجل فيه بعضهم شهرين ، وهو بعيد .

وَإِذَا أَنْكَرَتِ الْمَرْأَةُ دَاءَ الْفَرْجِ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : لا يَنْظُرُ إِلَيْهَا النِّسَاءُ ، وَأَنْكَرَهُ سحنُونُ

احترز بداء الفرج مما لو أنكرت البرص ونحوه ، فإنهم قالوا : إن كان بالوجه والكفين فثبت بالرجال ، وإن كان في غير ذلك من الجسد ثبت بالنساء على ظاهر المذهب .

وقيل : يبقى الثوب على ذلك الموضع وينظر إليه الرجال، وبقول ابن القاسم: (لا ينظر إليها النساء) .

قال ابن حبيب : قيل : وهو مذهب مالك وجميع أصحابه حاشا سحنون .

ابن الهندى في «مقالاته» : والقول قولها مع يمينها ، وقال الشيخ أبو إبراهيم : ولها رد اليمين على الزوج، قال : وقد شهدت من مضى يفتي بهذا. انتهى .

وروى علي بن زياد عن مالك مثل قول سحنون وإليه ذهب ابن لبابة ، وصوبه سحنون، وقد جاء أنها ترد بعيب الفرج ، وكيف يعرف ذلك إلا بنظر النساء ، وهذا هو الإنكار الذي أشار إليه المصنف ، وروي أيضاً عن سحنون مثل قول ابن القاسم ، وقال بعض الأندلسيين : ينظر إليها في المرآة .

فرع :

إذا فرعنا على قول ابن القاسم: إنه لا ينظرها النساء ، فإن جاء الزوج بامرأتين تشهدان برؤية رتقها مثلاً قبلتا ولا تجرحان بالنظر ، إما لأنه مختلف في إباحته ، وإما لعذرهما بالجهل، وإنما قبلتا وإن كان ما شهدتا به غير مال ؛ لأنه يؤول إلى المال ، وهو سقوط الصداق ، ولا يوجب طلاقاً ؛ لأن الطَّلاق بيد الزوج .

وَإِذَا أَنكَرَ الرَّجُلُ الجب وشِبْهَهُ جُسَّ عَلَى الثَّوْبِ ، وصُدِّقَ فِي الْعِنَّةِ ، قَالَهُ مَالِكٌ لَمَّا نَزَلَتْ بِالْمدِينَةِ ...

قوله : **(فِي العنَّة)** أي : في الاعتراض .

وهذا من المواضع الي أطلق فيها العنة على الاعتراض ، وما حكاه عن مالك تقدم ، ولهذا كان الأولى إسقاط هذا لأنه تكرار مع ما تقدم ، وأما ما ذكره من قوله : **(جُسَّ عَلَى الثَّوْبِ)** فنحوه في « المتيطية » وغيرها ، وعزاه لابن حبيب .

الباجي[1]: وعندي أنه يجوز للشهود أن ينظروا إليه، قال : وقد ينظر النساء إلى فروج النساء للضرورة .

وخرج اللَّخْمِيّ النظر إليه على قول سحنون المتقدم في المرأة ، وفيه نظر؛ لأن الجس في المرأة لا يعلم به شيء بخلافه هنا ، وهذا إنما هو في عيب الفرج ، وأما الجنون والجذام والبرص فيعلم ذلك بالمشاهدة .

فرع : إذا كان خنثى وحكم له بحكم الرجال ، هل يكون لزوجته رده ؟

عبد الحميد : والأقرب أنه لا رد لها ، وإن كانا معيبين بجنسين كما لو كان أحدهما مجنوناً والآخر مجذوماً ، قال بعض أهل النظر : لكل منهما الخيار.

عبد الحميد وغيره : وهو الصواب .

وإن كانا بجنس واحد ففيه نظر ، قاله غير واحد .

وَالْعَيْبُ الْمُقْتَضِي لِلْخِيَارِ: مَا وُجِد قَبْلَ الْعَقْد لا بَعْدَهُ ، وفِي ثُبُوتِ الْخِيَارِ لِلْمَرْأَة خَاصةً بَعْدَهَا ، ثَالِثُهَا : إلا فِي الْبَرَصِ ، ورَابعُهَا : إلا فِي الْقَلِيلِ مِنْهُ .....

لما قدم أن كلاً من الزوجين يرد بأحد العيوب الأربعة ، بين أن ذلك إنما هو إذا كان

---

(١) « المنتقى » (٥/٣٤٣) .

العيب قبل العقد بحيث يكون من به العيب غارا ، وأما إن حدث بعده ، فإن حدث بالمرأة فلا مقال للرجل ، وهي مصيبة نزلت به ، وإن حدث به فهل لا خيار لها قياساً عليه ، أو تخير في كل عيب ؟ والفرق بينها وبين الرجل: أن الرجل يقدر على الفراق ، أو يفرق أربعة أقوال ، وتصورها من كلام المصنف ظاهر .

ابن عبد السلام : والقول بالخيار في كل عيب يعزُّ وجوده في المذهب ؛ لأن ظاهر كلام المصنف يقتضي أن الاعتراض إذا حدث بعد الدخول فلها الخيار ، وهو غير معلوم في المذهب ، وإنما يعلم فيه على شذوذ في الجب خاصة .

تنبيهان :

أولهما : ما حكاه المصنف هنا مخالف لما تقدم من كلامه في « البيان » لأن صاحب «البيان» ذكر أنه لا يردّ بالبرص اليسير إذا حدث به بعدُ بالاتفاق ، والمصنف قد حكى فيه الخلاف ، بدليل أنه جعل الرابع تفصيلاً .

الثاني : جعل اللَّخْمِيّ الجنون الحادث بعد العقد وقبل الدخول كالكائن قبل العقد ، في وجوب الرد به ، ولم يذكر في ذلك خلافاً .

وَأَمَّا جُنُونُهُ الْحَادِثُ فَيُعْزَلُ سَنَةً ، فَإِنْ صحَّ وإلا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ، وقِيلَ : إِنْ كَانَ يُؤْذِيهَا ...

قوله : (**وقِيلَ : إِنْ كَانَ يُؤْذِيهَا**) راجع إلى قوله : (**فُرِّقَ**) ، وليس يرجع إلى قوله : (**فَيُعْزَلُ سَنَةً**) لأن العزل متفق عليه ، وحاصله: أنه إذا لم يصح بعد السنة فإن كان يؤذيها فرق بينهما ، وإن لم يؤذها فقولان : أحدهما لمالك وابن القاسم بثبوت الخيار ، والثاني لأشهب وابن حبيب بنفيه .

وصرح أَشْهَب بنفي خيارها وإن كان لا يفيق من جنونه أصلاً ، لكن قيد اللَّخْمِيّ قوله بما إذا كان يحتاج إليها ، وإلا فرق بينهما ؛ لأن في بقائها ضرراً عليها من غير منفعة .

وَعَنْ مَالِكٍ فِي الْمَجْذُومِ الْبَيِّنِ كَذَلِكَ

أي : فيعزل سنة إذا رجي برؤه ، ثم يفرق بينهما إن شاءت .

وأشار بقوله : (**وَعَنْ مَالِك**) ، إلى ما قاله أَشْهَب أنه لا يفرق بينهما ، إلا أن يتفاحش وتغض الأبصار دونه ، فإن رضيت بالمقام معه ثم أرادت الفراق ، فقال ابن القاسم : ليس لها ذلك إلا أن يزيد ، وقال أشهب : لها ذلك وإن لم يزد .

وحكى في « البيان »[١] ثالثاً : ليس لها رده ولو زاد .

فرع :

قال في « الجواهر »[٢] : إذا ظهر بعد مدة من عقد النكاح عيب بها فتنازعا في أنه كان موجوداً حال العقد ، فالبينة على الزوج وصدق الأب .

محمد : مع يمينه .

ابن حبيب: عن مالك : وإنما يحلف الولي إذا كان أباً أو أخاً ، وإن كان غيرهما فاليمين عليها ، فجعل محمد محل اليمين محل الغرم ، ووافق على هذا بعض الموثقين إذا كان الزوج دخل ، وإن كان لم يدخل فإنما تجب اليمين عليها لا على الولي ؛ لأن الولي لم يفوت على الزوج شيئاً ، ونص المتيطي على أن منازعة الزوج تكون مع الزوجة إن كانت ثيباً ، ومع الولي إن كانت بكراً .

وَلا خِيَارَ بِغَيْرِ هَذَا إِلا بِشَرْطٍ ، وَلَوْ كَانَتْ لِغَيَّةٍ أَوْ مُفْتَضَّةً مِنْ زِنا

الإشارة بهذا إلى العيوب المتقدمة ، فلا رد له بغيرها ، ولو تبين أنها ابنة زنا ، وهو معنى قوله : (**لِغَيَّةٍ**) ، أي لزانية ، أو تبين أن بكارتها زالت بزنا ، وهو معنى قوله : (**أَوْ مُفْتَضَّةً مِنْ زِنًا**) .

وفي « المتيطية »: قال بعض الموثقين : إذا وجدها مفتضة من زنا فله الرد ، وهو خلاف « المدونة » .

و (**لِغَيَّة**) بكسر اللام وفتح الغين المعجمة وتشديد الياء ، وحكى بعض اللغويين فيه كسر الغين ، ولا إشكال أنه إذا اشترط السلامة فله الرد .

ابن أبي زيد[٣] : ولو كتب في العقد: صحيحة العقل والبدن ، لم يكن ذلك شرطاً ، ولو قال: سليمة البدن ، لكان شرطاً ، فترد بالسواد والعمى والشلل وغيرها، قال : وبهذا كان يفتي علماؤنا ونفتي نحن .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/٨٩) .

(٢) « الجواهر » (٢/١١٥) .

(٣) « النوادر والزيادات » (١٢/٥٠٧) .

قال بعض المتأخرين : إنما فرق بينهما؛ لأن الأولى عادة جارية من تلفيف الموثقين ، ولم تجر العادة بالثاني .

وللباجي في «وثائقه» : إذا قيل: صحيحة البدن، فهو شرط ، وله أن يرد بغير الأربعة.

وذكر أبو عمران في رواية « الدمياطية » عن ابن القاسم : لا رد له في شيء من العيوب كلها غير الأربعة ، وإن اشترطت السلامة .

وعلى الأول فلو قال الولي : هي سليمة ؛ فهل يكون كالشرط؟

اللخمي : وفي « الموازية »: إذا قال الخاطب : قيل لي : إن ابنتك سوداء، فقال : كذب من قاله ، بل هي بيضاء ، فوجدها سوداء ، أو قال : ليست عمياء ولا عرجاء ، فوجدها كذلك ، فله الرد؛ لأنه غرَّه .

أصبغ : هو كالشرط .

وفي «الموازية» : قال ابن القاسم : إذا رفع الولي في الصداق فأنكر عليه ذلك ، فقال: إن لها كذا ، وسمى رقيقاً وعروضاً ، فيصدقها الزوج ما سأل ثم لا يجد لها شيئاً ، قال : فالصداق لازم له ، ولا حجة له مثل ما لو قال : هي بيضاء جميلة شابة ، فيجدها سوداء، فلا كلام له ما لم يشترط ذلك ، فيقول : أنكحها على أنها بيضاء .

اللخمي : فجعله ابن القاسم من جهة الغرور فألزمه ذلك مرة ، ومرة لم يلزمه ، والمختار أنه كالشرط لمقارنته العقد ، وقال صاحب «البيان»[1] : لا اختلاف أن علمه في أن الخاطب إذا قال للمخطوب منه : قد قيل لي إن وليتك سوداء أو عوراء ، فقال له : كذب من قال سوداء ، بل هي بيضاء ، أن ذلك شرط ويردها بذلك ، وإنما اختلفوا إذا وصفها الولي عند الخطبة بالبياض وصحة العينين ابتداء ، على غير سبب ، وهي عوراء أو سوداء، فقيل : إن ذلك لازم للزوج ولا كلام له ؛ لأنه فرط إذ لم يتثبت ، وهو قول أصبغ في الخمسة ، ومذهب ابن القاسم في رواية يحيى عنه ، واختيار ابن المواز. وقيل: إنه بالخيار قبل الدخول ، إن شاء تقدم على أن عليه جميع الصداق ، وإن شاء فارق ولم يكن عليه شيء وإن لم يعلم حتى دخل ردت إلى صداق مثلها على ما بها من العيوب ، ورجع بالزائد عليها ، وهو قول ابن وهب وعيسى بن دينار، وقيل : إنه يرجع به على الولي الذي غره ، إلا أن تكون ثيباً وقد علمت بكذب وليها ، فتقدمت على معرفة بذلك فيرجع عليها إن كان لها مال ، وإلا رجع على الولي ، وهو قول ابن حبيب .

---

(١) «البيان والتحصيل» (٤/٤٠٦ ـ ٤٠٧) .

ابن القاسم في «الدمياطية» : ولو قال له غير الولي الذي يزوجها منه : أنا أضمن لك أنها ليست سوداء ولا عرجاء ولا عوراء ، فدخل ووجدها بخلاف ما ضمن لكان له الرجوع بما زاد على صداق المثل ، ولياً كان أو غيره ، وكذلك الذي يزوج وليته على أن لها من المال كذا ، يفرق فيه بين أن يسمي ذلك ابتداء أو لا ؟ وهو خلاف طريقة اللَّخْمِيّ.

وما ذكره المصنف من أنه إذا وجدها لغية لا رد له منصوص عليه في « المدونة »[1] ، قالوا: وكذلك إن تبين أن الزوج لغية .

وفي «المبسوط» : إن انتمى إلى ذي الحال والهيئة في موضعه ونسبه أو انتمى إلى قوم لهم هيئة في أنفسهم وأحسابهم ، رد نكاحه وعوقب .

ابن يونس[2] : وروى أبو زيد عن ابن القاسم فيمن تزوج امرأة على نسب انتسب إليها إلى فخذ من العرب ، فوجد من غيرهم ، فإن كان مولى وهي عربية فلها الخيار ، وإن كان عربياً فلا خيار لها إلا أن تكون قرشية فتتزوجه على أنه قرشي ، فإذا هو من قبيل من العرب. انتهى .

ولو اشترط أنها بكر فوجدها غير عذراء ، فقال ابن حبيب عن مالك : لا قيام له ، وبه قال أَشْهَب وأبو بكر بن عبد الرحمن ، وهو دليل ما في « المدونة » في كتاب الرجم .

المتيطي : لأن العذرة قد تذهب من القفزة والحيضة، وقال ابن العطار : له ردها بذلك.

بعض الموثقين : وليس في هذا شك لأنه تزوجها على شرط فوجد خلافه، وقال غيرهم من الموثقين : الصواب قول مالك المتقدم ؛ لأن اسم البكارة واقع عليها وإن زنت ، إلا أن يشترط أنها عذراء ، فإن شرط ذلك كان له الرد، قاله أصبغ وغيره .

وقال ابن العطار : ولا حد على زوجها في دعواه أنها ثيب ، لأن البكارة قد تزول من غير وطء إلا أن يصرح بأن ذلك مِن زِنى ، فعليه الحد إلا أن يأتي بالمخرج ، وينبغي إذا ذهبت عذرة وليته من قفزة ونحوها أن يعلم الزوج بما جرى ، فإن ترك إعلامه فهل يجب له الرد ؟ فلأشهب فيمن زعم أنه وجد زوجته ثيباً فأقر له الأب وادعى أنها كانت تكنس فذهبت عذرتها ، أن للأب أخذ الصداق ولا شيء للزوج، وقال ابن العطار : إن لم يبين ذلك فله الرد .

بعض الموثقين : وهو الصواب ؛ لأنه عيب قد علمه .

---

(١) « المدونة » (١٠/١٢٩) .

(٢) «الجامع» (٤/ ٢٤٠) .

وَلا يَجِبُ إِعْلامُهُ بِغَيْرِ الأَرْبَعَةِ

أي : لا يجب على المولي أن يعلم الزوج أن بوليته عيبا ، خلاف الأربعة المتقدمة ، ونفي الوجوب لا ينفي الاستحباب ، فكلامه هنا محتمل ، ولعل المصنف إنما عبر بذلك تبعاً للفظ مالك ، فقد نقل اللَّخْمِي وغيره أنه ليس الولي أن يخبر أنها عمياء أو عرجاء أو مقعدة وأنه أجاز أن يكتم ذلك .

ونقل المتيطي عن مالك في « الموازية » أنه قال : لا يجوز له أن يخبر من عيوب وليته بشيء مما لا يجب ردها به من العور والعمى والسواد ونحوها ، واستشكله بعض الشيوخ ، والإشكال فيه ظاهر، ولا يقال : النكاح مبني على المكارمة ؛ لأن المكارمة بحسب العادة إنما هي في الصداق .

وفي «**العتبية**»[١]: لا ينبغي لرجل علم من وليته فاحشة أن يخبر بشيء من ذلك إذا خطبت .

قال في «**البيان**»[٢] : ويجب عليه أن يستر عليها ؛ لأن الفواحش يجب على الرجل أن يسترها على نفسه وعلى غيره ، قال رسول الله ﷺ : « **مَنْ أَصَابَ مِنْ هَذِهِ الْقَاذُورَاتِ شَيْئاً فَلْيَسْتَتِرْ بِسِتْرِ اللهِ ، فَإِنَّهُ مَنْ أَبْدَى لَنَا صفحته أَقَمْنَا عَلَيْهِ الْحَدَّ** » .

وفي «الموطأ» أن رجلاً خطب إلى رجل أخته فذكر أنها كانت أحدثت ، فبلغ ذلك عمر فضربه أو كاد أن يضربه .

وَقَالُوا :إِنَّ مَنْ لَيْسَ فِي أَهْلِهَا أَسْوَدُ كَشَرْطِ الْبَيَاضِ

تبرأ من هذا ؛ لأنه مخالف لما قدمه في التي توجد لغية أو مفتضة من زنا ؛ لأنه كما أن الغالب فيمن ليس في أهلها أسود البياض ، كذلك الغالب صحة أنسابهم ، والبكارة في حق من لم يعلم لها زوج ، وقد تقدم أنه لا رد له بذلك .

وكلام المصنف يقتضي أنه لم يطلع على خلاف هذا ، وقد فرضنا أن المشهور خلافه ، فإن وجدها سوداء أو عرجاء أو عمياء ، وادعى أنه تزوجها على السلامة ، فالقول قول المرأة ، حكاه ابن الهندي في « مقالات ابن مغيث » .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/ ٢٦٢) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٤/ ٢٦٢) .

وَإِذَا رَدَّهَا قَبْلَ الْمَسِيسِ فَلا صَدَاقَ

لأن البضع لم يفت ، وهي المدلسة أو وليها .

وَفِي سُقُوطِه بِرَدِّهَا قَوْلانِ ؛ لأَنَّهُ غَارٌّ

(**سُقُوطِهِ**) ؛ أي : الصداق، (**بِرَدِّهَا**)؛ أي: برد المرأة الرجل بسبب عيبه ، (**قَوْلانِ**) : **أحدهما** : لا شيء لها لأنه فسخ جاء من جهتها ، وقياساً على الفرع المتقدم ، وهذا ظاهر المذهب .

والقول الثاني : لها نصفه .

والفرق بين هذا والذي قبله: ما أشار إليه المصنف بقوله : (**أَنَّهُ غَارٌّ**) أي : لأن الزوج لما تزوجها عالماً بعيبه وغرها فقد دخل على أنها ترده بذلك ، ويلزمه نصف الصداق .

وَأَمَّا بَعْدَهُ فَيَثْبُتُ إِنْ كَانَ الْخِيَارُ لَهَا فَإِنْ كَانَ لَهُ وَالْوَلِيُّ قَرِيبٌ لا يَخْفَى عَلَيْهِ كَأَبٍ أَوْ أَخٍ ثَبَتَ لَهَا وَرَجَعَ بِالصَّدَاقِ كُلِّهِ عَلَيْهِ ، ولا يَرْجِعُ الْوَلِيُّ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ ...

يعني : وأما بعد الدخول فيثبت الصداق إن كان الخيار لها ؛ لأنها استحقته بالمسيس ، ولا عذر له لأنه غار ، وإن كان الخيار للزوج لكون العيب بها ، فإن كان الولي قريباً لا يخفى عليه العيب لزم الزوج الصداق للمرأة ، ثم يرجع بجميع ما دفعه لها على الولي إذ لم يخبره بالعيب .

قال في «البيان»[1] : والقريب الذي يحمل على العلم هو الأب والأخ والابن ، قاله مالك في « الموطأ »، وابن حبيب في «الواضحة» ، وسواء كان العيب جنوناً أو جذاماً أو برصاً أو داء الفرج خفياً أو ظاهراً ، وحكى فضل في داء الفرج الخفي عن عيسى بن دينار: أن الرجوع في ذلك لا يكون إلا على المرأة ونسبه إلى « العتبية » ، هذا هو المنصوص في المذهب .

وجعل اللَّخْمِيّ العيوب على ثلاثة أقسام : قسم يحمل الجميع فيه على العلم ؛ وهو الجنون والجذام والبرص إذا كان في الوجه والذراع ، وقسم يحمل فيه الأب والأخ على العلم دون من عداهما ، وهو البرص الذي تستره الثياب وقسم يحمل على الجهل في حق الجميع ؛ وهو داء الفرج الباطن .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/ ٣٦٤) .

ولم يرتض صاحب « البيان » تقسيم اللَّخْمِيّ ، وقال فيما حكاه الفضل : ولم يقع عندنا في « العتبية » ما نسبه الفضل إليها .

أصبغ : البكر والثيب في هذا سواء .

قوله : (**ولا يَرْجِعُ الْوَلِيُّ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ**) أي : إذا غرم الصداق فلا يرجع على المرأة بشيء ؛ لأنه هو الغارّ ، وهذا إنما هو إذا لم تكن المرأة حاضرة حال العقد .

قال في «البيان»(١): ولو زوجها بحضورها ولم يخبر واحد منهما بالعيب لكانا جميعا غارين ، يرجع الزوج على من وجد منهما ، ووليا أو امرأة ، فإن رجع على الولي رجع الولي على المرأة ، وإن رجع على المرأة لم ترجع المرأة على الولي ، ونحوه في اللَّخْمِيّ «والمتيطية» .

فَإِنْ غَابَ بِحَيْثُ يُعْلَمُ أَنَّهُ يَخفَى عَنْهُ خَبَرُهَا فَقَوْلانِ

أي : فإن غاب الولي القريب الذي يُظن به علم حالها ، بحيث يظن خفاء ذلك عليه، فقوله : (**بِحَيْثُ يُعْلَمُ**) يريد : يظن كما قلنا ، وكذلك صرح بالظن هنا جماعة ، (**فَقَوْلانِ**) أحدهما لأشهب : أن ذلك لا يسقط عنه حكم الرجوع ربطاً للحكم بالمظنة ، والثاني لابن القاسم وابن وهب وابن حبيب ، ورواه ابن عبد الحكم عن مالك : أنه يسقط عنه الغرم ، ويرجع على المرأة ويترك لها ربع دينار .

ابن القاسم : بعد يمينه بجهله ذلك .

فَإِنْ أَعْسَرَ الْوَلِيُّ فَفِي رُجُوعِهِ عَلَى الْمَرْأَةِ قَوْلانِ

يعني : إن وجب الرجوع على الولي فوجد عديماً ، فقال مالك وابن القاسم ومحمد : لا يرجع على المرأة بشيء .

وقال ابن حبيب : يرجع عليها إذا كانت موسرة ولا ترجع هي به ، فإن كانت عديمة رجع على أولهما يسراً .

وَإِنْ كَانَ كَابْنِ الْعَمِ رَجَعَ عَلَى الْمَرْأَةِ لا عَلَيْهِ ، وتَرَكَ لَهَا رُبُعَ دِينَارٍ

هذا قسيم قوله في صدر المسألة : (**وَالْوَلِيُّ قَرِيبٌ**) أي: وإن لم يكن قريباً كالعم وابنه

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/ ٣٦٤) .

أو من العشيرة أو من الموالي أو السلطان ، فإن الزوج يرجع على المرأة لا عليه ، لكن يترك لها ربع دينار لحق الله تعالى ، بخلاف ما إذا رجع على الولي في القسم الأول ، فإنه لا يترك له شيئاً ، وهذا مقيد بأن لا يعلم ، أما إن علم فإنه يرجع عليه كالولي القريب، قاله ابن المواز وغيره.

وَفِي تَحْلِيفِهِ قَوْلاَنِ

أي : وفي تحليف هذا الولي البعيد على عدم العلم ، والقول بأنه لا يمين عليه لابن المواز. وقال ابن حبيب : إن اتهم حلف .

والخلاف مبني على الخلاف في توجيه يمين التهمة ، أما إن ادعى الزوج على الولي البعيد العلم حلف ، فإن نكل حلف الزوج : لقد علم ، وغرمه ، فإن نكل فلا شيء له عليه ولا على المرأة ، وقد سقطت متابعته للمرأة لإقراره بعلم الولي به وأنه غره .

وقال ابن حبيب : إن حلف الولي رجع على المرأة. اللَّخْمِيُّ : وهو أصوب .

وَإِذَا طَلَّقَهَا ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيْبِ خِيَارٍ فَكَالْمَعْدُومِ ، ولَوْ مَاتَ تَوَارَثَا ، وقَالَ سحْنُونٌ : يَرْجِعُ بِالصَّدَاقِ ...

قوله : (**فَكَالْمَعْدُومِ**) أي : فكأن العيب لم يكن ، ولا خيار له ؛ لأنها بانت منه ، وهو مفرط ، ويدل على ذلك أنهما لو ماتا توارثا ، فكما أن الخيار يفوت بالموت فكذلك يفوت بالطلاق ؛ لأن العصمة فيهما قد انقطعت .

ولم يرَ ابن سحنون الطَّلاق أو الموت فوتا ، بل أوجب له الرجوع على الولي الغار ، فإن كانت هي الغارة رجع عليها ، وترك لها ربع دينار ، وانظر ما نقله المصنف هنا مع قوله في الخلع : (**فإن تبين له عيب خيار رد ما أخذه على المشهور ومضى الخلع**) .

الغرور : **وَإِذَا غَرَّ الْوَلِيُّ أَوِ الزَّوْجُ أَوِ الزَّوْجَةُ بِعَيْبٍ ثَبَتَ لِلْمَغْرُورِ الْخِيَارُ ولا صَدَاقَ قَبْلَ الْبِنَاء ....**

جرت عادة أصحابنا أن يخصوا هذه الترجمة بالكلام على عيب الرق وما يتعلق بذلك من أحكام الصداق والولد ، والمصنف لم يفعل ذلك ، ألا ترى أنه أدخل تحت الترجمة من غر بالتزويج في العدة ، ولأن قوله : (**بِعَيْبٍ**) يشمل الأربعة المتقدمة وغيرها ، لكن الأربعة يرد بها من غير شرط وما عداها إنما يرد به بالشرط كما تقدم .

وقوله : (**ولا صَدَاقَ قَبْلَ الْبِنَاء**) يعني : سواء كان هو المغرور أو هي المغرورة ، أما إن كان هو المغرور فظاهر ، وأما إن كانت هي المغرورة فظاهر المذهب كما تقدم ، ووجهه: أن الطَّلاق وقع قبل البناء من جهتها ؛ إذ لو شاءت لمكنت من نفسها .

وَأَمَّا بَعْدَهُ ، وَالْخِيَارُ لَهُ فَفِيهَا : إِنْ كَانَ الْوَلِيُّ الْغَارَّ رَجَعَ عَلَيْهِ بِجَمِيعِهِ لا بِقِيمَةِ الْوَلَدِ ، وَإِنْ كَانَتْ إِيَّاهَا تَرَكَ لَهَا رُبُعَ دِينَارٍ ...

يعني : أن من غر بالحرية ثم ظهر على ذلك بعد البناء فإنه يفرق بين أن يكون الولي قريب القرابة أم لا كما تقدم في العيوب الأربعة .

عياض : وذهب بعض الشيوخ إلى أنه يترك أيضاً للولي إذا رجع عليه ربع دينار ولا وجه له، وقال غيره : هو ظاهر ؛ لأن الزوج إذا أخذ الجميع كان وطؤه من غير صداق منه .

ولعل المصنف نسب المسألة « للمدونة » لهذا الإشكال .

وليس قوله : (**وَإِنْ كَانَتْ إِيَّاهَا**) راجعاً إلى مسألة الأمة ؛ لأن الحكم في الأمة خلاف هذا ، وهو أنه يلزمه الأقل من المسمى وصداق المثل ، كما سيقوله المصنف ، لكن كلامه كالنص في إرادة الأمة ؛ لقوله :(**لا بِقِيمَةِ الْوَلَدِ**) ، وذلك لا يكون إلا فيها .

وعلى هذا ففي كلامه تعارض ، وكان الأولى أن يسقط المصنف هذا ؛ أعني قوله : (**وَإِنْ كَانَتْ إِيَّاهَا**) إلخ ؛ لأنه ليس في الأمة ، وإنما هو في العيوب ، وقد قدم المصنف ذلك في العيوب .

قوله :(**وَإِنْ كَانَتْ إِيَّاهَا**) فصل الضمير ؛ لأنه المختار عند الأكثر .

وَكَذَلِكَ مَنْ غُرَّ بِالتَّزْوِيجِ فِي الْعِدَّةِ

هذا كقوله في «المدونة»[1]: ومن غر من وليته فزوجها في عدة ودخلت ، فسخ النكاح وضمن الولي الصداق ، وإن كانت هي الغارة ترك لها ربع دينار ، وردت ما بقي .

اللخمي : وإن لم يعلم الولي رجع عليها ، وإن علم فكلاهما غار ، فيخير بين أن يرجع على الولي أو عليها .

---

(١) « المدونة » (٥/٤٣٩) .

ابن عبد السلام : ولأجل هذا الفرع يكتب الموثقون أنها خلو من زوج وفي غير عدة منه .

ولو سكت عنه وكانت ثيبا ، وقالت بعد ذلك : أنا حامل ولم يأتني قرء، فقال ابن عتاب : إذا لم يأتِ لها من الوقت الذي دخل فيه ما يتبين فيه الحمل فالنكاح مفسوخ، وقال ابن القصار : لا يقبل قولها إذ لعلها ندمت على النكاح .

وَلَوْ غَرَّهُ مُخْبِرٌ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ إِلا أَنْ يَتَوَلَّى الْعَقْدَ إِلا أَنْ يُخْبِرَهُ أَنَّهُ غَيْرُ وَلِيٍّ ....

(لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ) لأنه غرور بالقول ، وهو مفرط إذا لم يثبت لنفسه، وقال جماعة : هذا على المشهور أن الغرور بالقول لا يوجب غرماً ، وأما على القول بأنه يوجب الغرامة فيضمن هنا، وينبغي أن يؤدب ، ويتأكد أدبه على القول المنصوص بعدم الغرامة .

ففي كتاب تضمين الصناع من « المدونة »[1]: وإن سألت خياطاً قياس ثوب فزعم أنه يقطع قميصاً فَابْتَعْتَهُ بقوله ، ولم يقطع قميصاً ، فقد لزمك ولا شيء لك عليه ولا على البائع، وكذلك الصيرفي في درهم تريد إياه جيداً ،فتلفيه رديئاً، فإن غرّاً من أنفسهما عوقبا ولم يغرما ، فأنت ترى كيف حكم بالعقوبة فيهما، ففي الفرج مع غرامة الصداق أولى .

قوله : **(إِلا أَنْ يَتَوَلَّى الْعَقْدَ)** أي : إلا أن يتولى الأجنبي العقد ، فيكون غروراً بالفعل ويلزمه الضمان .

ابن المواز: ولا يترك له ربع دينار ، وكأنه باعه البضع فاستحق، وحكى ابن بشير في تعلق الغرامة وعدمه ثلاثة أقوال ، يفرق في الثالث ، وهو المشهور ، فيغرم في الغرور بالفعل دون القول .

قوله : **(إِلا أَنْ يُخْبِرَهُ أَنَّهُ غَيْرُ وَلِيٍّ)** أي : إلا أن يخبر هذا الأجنبي المتولي النكاح بأنه غير ولي للمرأة ، وإنما ولي لها عقد النكاح بمقتضى ولاية الإسلام ، ويصير حينئذ كمن غر بالقول، وعلل اللَّخْميّ السقوط فيما إذا أخبره أنه غير ولي ، بأن الزوج دخل على أن النكاح يفسخ ؛ لكونه تولاه غير ولي، وعلل ابن راشد بأنه كالسمسار ينادي على السلعة فيتولى البيع ، ويقول : ليست لي بل هي لغيري .

---

(١) « المدونة » (١١/٣٨٨) .

وَفِيهَا: فِي الأَمَةِ تُغَرَّ بِالْحُرِّيَّةِ لَهَا الأَقَلُّ مِنْ صَدَاقِ الْمِثْلِ أَوِ الْمُسَمَّى، وقِيلَ :صَدَاقُ الْمِثْلِ وَإِنْ زَادَ ، وقِيلَ : الأَكْثَرُ، وأَنْكَرَهُ أَشْهَب إِذْ لا يَزِيدُ عَلَى الزِّنَا طَوْعا، وقِيلَ: رُبُعُ دِينَارٍ

(الأَقَـلُّ) لأنه إن كان المسمى أقل فقد رضيت به على أنها حرة ، فلأن ترضى به وهي أمة أولـى ، وإن كان صـداق المثل أقل فلأن من حـجة الزوج أن يقـول : إنما أعطيت هذا المسمى لأجل الحرية ، والحكم بالأقل إنما هو إذا لم يمسكها ، وأمـا إن أمسكها فالمسمى ، ذكره في « الجواهر »[١] .

وما ذكره المصنف عن « المدونة » من الأقل هو تأويل صاحب «البيان» ،و**(الأَكْثَرُ)** وهو نص ابن القاسم في « العتـبية »[٢] ، ومنهم من فهمهـا على القول الثاني ، وهو نص ابن القاسم في « الموازية » ، ووجـهه أنه إتلاف لمال غيـره ، وتصور القول الثالث من كـلامه ظاهر .

قوله : **(وأَنْكَرَهُ أَشْهَب) اللَّخْمِيّ وابن يونس**[٣]: وقال أَشْهَب في « الموازية » : ليس لها سوى المسمى، كما لو زنى بها طائعة .

ابـن يونـس : يريد : فلا يكون لها عليـه شيء ، فكذلك ما زاد على المسمى لا شيء للسيد فيه ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في « المدونة ». انتهى .

ففهم عن أَشْـهَب أن الواطئ لا شيء عليه في الزنا إن طاوعته ، وكـذلك نقل ابن عبد السلام عنه ، وقال : سواء كانت بكراً أو ثيباً .

وقال في «البـيان»[٤] : وقال - يعني: ابن القاسم - : إنه إن أصدقها أدنى من صداق مثلها لم يكن لهـا إلا ذلك. قال أَشْهَب : كما لو زنى بها طائعـة لا يكون لها إلا قدر ما يستحل به فـرجها كالحرة إذا غـرت من نفسها بجنون أو جـذام، وهو قول ابن أبي حازم. انتهى .

فنقل عن أَشْهَب أنه يكون عليه في الزنا ربع دينار ، وكذلك نقله عنه ابن راشد ، وقال محمد في مسألة الأمة الـغارة قولاً بأنه ليس لها إلا ربع دينار ، ووجه إنكار أَشْهَب واضح

---

(١) « الجواهر » (٢/٤٥٧) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٥/٤٣) .

(٣) «الجامع» (٤/٢٣٩) .

(٤) « البيان والتحصيل » (٥/٤٣) .

وهو أن يقال : لو كان لها الأكثر في مسألة الغرور لكان لها الصداق إذا زنى بها طوعاً ؛ لأنه قد عابها على ربها بالزنا أشد مما عابها عليه بالنكاح .

ومذهب ابن القاسم في « المدونة » في الأمة الزانية الفرق بين البكر والثيب ، ذكره في كتاب الرهن .

وَتَزْوِيجُ الْحُرِّ الأَمَةَ والْحُرَّةِ الْعَبْدَ - مِنْ غَيْرِ تَبْيِينٍ - غُرُورٌ

لأن الغالب على الحر والحرة أنهما إنما يتزوجان مثلهما ، وبهذا جرى العرب ، والعرف كالشرط .

فرع :

وإذا غر العبد حرة، فقال في «العتبية»[١] : لها أن تختار قبل أن ترفع ذلك إلى السلطان.

قال في «البيان»[٢] : يريد أنها إن فعلت ذلك جاز إذا كان الزوج مقرا بأنه غرها ، وأما إن نازعها فليس لها أن تختار إلا أن يحكم به السلطان لذلك، قال : وهو تفسير «للمدونة».

بِخِلافِ تَزْوِيجِ الْعَبْدِ الأَمَةَ ، وتَزْوِيجِ الْمُسْلِمُ النَّصْرَانِيَّةَ

يعني : أن العقد إذا وقع هنا من غير تبيين ليس بغرور لحصول المساواة في تزويج العبد الأمة ، وحصول الأحسن للنصرانية ، وعلى هذا فالمصدر مضاف إلى الفاعل ، ويكون العبد والمسلم الغارين ، ويحتمل أن يكونا مغرورين ، ويكون المصدر مضافاً للمفعول .

وَلَوْ غَرَّ الْمُسْلِمُ النَّصْرَانِيَّةَ بِأَنَّهُ نَصْرَانِيٌّ فَلَهَا الْخِيَارُ

هذا قول مالك في « العتبية »[٣] و « الموازية »، وله في « المبسوط » من رواية ابن نافع: أن النكاح ثابت ،ولا خيار لها وهو قول ربيعة ؛ لأن الإسلام ليس بعيب .

اللخمي وابن رشد : الأول أظهر لأجل الشرط ، وهذا إذا قال لها : أنا على دينك ، وأما إن ظنت هي ذلك فلا رد لها اتفاقاً .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/٤٨٣) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٤/٤٨٣) .

(٣) « البيان والتحصيل » (٤/٤٨٤) .

وَإِذَا غَرَّ الْحُرُّ بِالْحُرَّةِ فَالْوَلَدُ حُرٌّ

لدخول الأب على الحرية ، فيوفى لها بما دخل عليه .

قال في « البيان »[١]: وكان القياس أن يكون الولد رقيقاً لسيد الأمة ؛ لأن كل أمة تلد من غير السيد فولدها بمنزلتها ، إلا أنهم تركوا القياس في هذا لإجماع الصحابة على أنهم أحرار ، وعلى أن على الأب قيمتهم .

وَأَمَّا الْعَبْد فَوَلَدُهُ رَقِيقٌ ، وقِيلَ : كَالْحُرِّ

قوله : (**فَوَلَدُهُ رَقِيقٌ**) هو مذهب «المدونة »، قال فيها : إذ لا بد من رقه مع أحد الأبوين، فجعلهم تبعاً للأم ؛ لأن العبد لا يغرم قيمتهم .

وقوله (**وقِيلَ : كَالْحُرِّ**) أي : فيكون أولاده أحراراً ، وأشار بقوله :(**كَالْحُرِّ**) إلى توجيه هذا القول ، وهو أن العبد دخل على أن ولده حر فيوفى له بذلك كالحر .

ابن عبد السلام : واختار هذا القول غير واحد ، ابن راشد : ولم أرَه معزواً ، ونقله عبد الحميد عن الشيخ أبي إسحاق ، واحتج بدخوله على الحرية ، قال : والتفرقة بين العبد والحر لكون العبد لا يقدر على دفع قيمة الولد ليست بظاهرة ؛ لأن الحر أيضاً قد يكون عديماً ، وقد يعتق العبد ، كما يوسر المعدم ، إلا أن يقال : للسيد إبطال ما في ذمة العبد، وليس ببيِّن ، هذا معنى كلامه .

وَتَجِبُ قِيمَةُ الْوَلَدِ عَلَى الزَّوْجِ لا عَلَى الْوَلِيِّ الْغَارِّ يَوْمَ الْحُكْمِ إِذَا كَانَ حيًا فَلَوْ مَاتَ قَبْلَهُ فَلا قِيمَةَ وَانْفَرَدَ الْمُغِيرَةُ بِيَوْمِ الْوِلادَةِ ...

يعني: أن الولد لما حكم بحريته فلا يسقط حق السيد من قيمته ، بل تجب له قيمته على الزوج ، لا على الولي ؛ لأنهما وإن تساويا في إتلاف الولد على السيد ، فالزوج مباشر ، فكان أولى بالضمان .

عبد الحميد : وكان بعض الشيوخ يُغرم الغارَّ قيمة الأولاد .

قوله : (**يَوْمَ الْحُكْمِ**) يعنى أن وجوب القيمة يعتبر يوم الحكم ، وهذا مذهب «المدونة»، وعليه فلو مات الولد قبل ذلك لم يجب فيه شيء ؛ لأنه معدوم يوم الحكم ،فلا قيمة له .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٥/ ٧٤) .

وما ذكره من انفراد المغيرة باعتبار القيمة يوم الولادة ليس بظاهر ؛ لأنه في « البيان »[١] ذكر أن أَشْهَب موافق له ، وضعف ابن المواز قوله بأنه لو صح اعتبار القيمة يوم الولادة لما سقطت بموته بعد ذلك ، وهو تضعيف ظاهر ، لو وافق المغيرة على ذلك .

والمنقول في « البيان » وغيره أن عند المغيرة وأشهب لا تسقط القيمة بموت الولد قبل الحكم ، ونحوه للَّخْمِيّ .

ابن عبد السلام : وخرج بعضهم في المسألة قولاً ثالثا: أن القيمة تعتبر يوم القيام من أحد الأقوال في الأمة المستحقة أنها تعتبر قيمتها يومئذ ، وهو تخريج صحيح .

فَإِنْ قُتِلَ فَعَلَيْهِ الأَقَلُّ مِنْ قِيمَتِه أَوْ مَا أَخَذَ مِنْ دِيَتِه ، وَلَوْ وَجَبَتْ فِيهِ الْغُرَّةُ فَعَلَيْهِ الأَقَلُّ مِنْهَا وَمِنْ عُشْرِ قِيمَةِ الأُمِّ ، فَإِنْ كَانَ جَنِيناً فَيَوْمَ الْوِلاَدَةِ ، وَقَالَ أَشْهَب : لا شَيْءَ لِلْمُسْتَحِقِّ فِي الْجَمِيعِ كَمَا لَوِ اقْتَصَّ مِنْ قَاتِلِه أَوْ هَرَبَ ...

يعني : فإن قتل هذا الولد ، فإن اقتص الأب من القاتل أو هرب لم يكن على الأب من قيمته شيء ؛ لأنه قتل قبل الحكم ، وإن أخذ فيه دية فالدية أو ما أخذ منها يتنزل منزلة عينه فيكون على الأب للسيد الأقل من قيمته ، أو ما أخذ من ديته ؛ لأنه إن كانت القيمة أقل فليس للسيد غيرها ، كما لو كان حيا ، وإن كانت الدية أو ما أخذ منها أقل لم يكن على الأب ما أخذ .

فرع :

ولو استهلك الأب الدية ثم أعدم لم يكن للسيد رجوع على القاتل بشيء ؛ لأنه إنما دفعها بحكم ، قاله أصبغ وغيره .

وقوله : (**وَلَوْ وَجَبَتْ فِيهِ الْغُرَّةُ** . . .إلخ) أي : ولو ضرب رجل بطنها فألقت جنيناً فوجبت فيه الغرة ، فأخذها الأب تنزلت الغرة منزلة الدية ، وعشر قيمة الأم تنزله منزلة القيمة ، فيلزم الأقل منها .

قال في « المدونة »[٢] : والقيمة يوم ضربت .

ابن وضاح : كان في «المختلطة» عشر قيمة أمه يوم استحقت ، ولم يعجب سحنوناً ،

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/ ٤٨٥) .

(٢) « المدونة » (٤/ ٢٠٧) .

وأمرنا أن نكتب يوم ضربت ؛ يعني أن القيمة إنما تجب فيه إذا قتل يوم القتل ، فكذلك تقويم الأم ، لأن به تعرف قيمته .

وقوله : (فَإِنْ كَانَ جَنِيناً فَيَوْمَ الْوِلادَةِ) أي : فلو وقع التنازع وهي حامل ، فعلى الوالد قيمة أول زمان يمكن التقويم فيه ، وهو يوم الوضع ، ولو قال : فلو كان حملاً فيوم الولادة كان أبين .

قوله :(فِي الْجَمِيعِ) في قول أشهب ؛ أي :في المسائل الثلاثة ـ أعني مسألة الجنين ـ ومسألة وجوب الغرة ، ومسألة قتل الولد ، ولم ير أَشْهَب أن الدية تتنزل منزلة عين الولد، فكان ذلك كما لو اقتص الأب من القاتل أو هرب .

أشهب : وكما لو مات الابن وترك مالاً كثيراً لكان ذلك لأبيه خاصة .

ابن عبد السلام : وهذا الذي قاله أَشْهَب هنا إنما يتمشى على أن يكون أَشْهَب موافقا للجماعة في أن القيمة تلزم يوم الحكم لا يوم الولادة ، وأما على ما حكيناه عن بعضهم من أن أَشْهَب موافق للمغيرة ، وأن المغيرة لم ينفرد بذلك فالمناقضة فيه ظاهرة ، إلا أن يكون ذهب المغيرة أن القيمة تسقط عن الأب بموت الولد ، فقد تسقط المعارضة ، لكن يخلفها إشكال آخر ، وهو ما رد به ابن المواز قول المغيرة فيما تقدم .

وَإِنْ كَانَ الأَبُ عَدِيماً فَفِي أَخْذِهَا مِنَ الْوَلَدِ قَوْلانِ

أخذها من الولد لابن القاسم في « المدونة »[1] وقال غيره فيها : لا يرجع عليه .

عياض : ويتخرج من قوله أن يرجع على الولد أن الولد يقوم بغير ماله ، كما ذهب إليه غير واحد ؛ إذ لا يمكن أن يكون في أموالهم قيمتهم بأموالهم ، وقال آخرون : إن تقويمهم بأموالهم ، وحكوها رواية ولم يوقف عليها ، ولا إشكال أنهما إذا كانا موسرين أن القيمة تؤخذ من الأب ولا يرجع بها الأب على الولد ، وإن كانا عديمين أتبع أولهما يسراً .

فَلَوْ كَانَتِ الأَمَةُ لِجَدِّهِ مَثَلاً فَلا قِيمَةَ ؛ لأَنَّهُ لَوْ مَلَكَهُ عُتِقَ ، وَلا وَلاءَ لأَنَّهُ حُرٌّ

فإن كانت الأمة الغارة لم يعتق عليه ولد المغرور ، كما لو كانت لجده ؛ أي : لجد الولد ، فلا قيمة للجد في الولد ؛ لأن الجد لو ملك هذا الولد عتق عليه ، ولا ولاء للجد على الولد ؛ لأنه حر بالأصالة لا بإعتاقه .

---

(١) « المدونة » (٤/ ٥١٠) .

ابن يونس [١]: وقال ابن المواز : يكون ولاؤهم لأبيهم ، وقال المصنف :(**مَثَلاً**) لأن هذا الحكم لا يختص بالجد ، بل يعم كل من يعتق على المالك ، كما لو غرت أمة الابن والده؛ لأن ولد الأمة يكون أخاً للمستحق .

فإن قلت : ما فائدة ذكر الولاء هنا والجد يرث بالنسب ؟

قيل : لأنه لو قيل به لظهرت فائدته في الجد للأم ؛ إذ لا يرث بالنسب ، أما لو زوج الأب أمته لابنه لكان ولاء الأولاد الكائنين من الأمة لجدهم ؛ لأنهم عليه عتقاء ، ألا ترى أنه لو كان الزوج أجنبيا لكانوا أرقاء ، بخلاف مسألة المصنف ، نص عليه صاحب «النكت»[٢] وابن يونس .

وقال ابن محرز في « تبصرته » : لا فرق بين المسألتين سواء زوج الأب أمته من ابنه أو غرته ولا ولاء للجد .

وَتُوقَفُ قِيمَةُ وَلَدِ الْمُكَاتَبَةِ ، فَإِنْ زَادَتْ وَإِلا رَجَعَتْ إِلَى الأَبِ

يعني : إذا غرت مكاتبة بالحرية ، وعثر على ذلك بعد أن ولدت ، فإن الولد يُقَوَّم ، ابن المواز : على أنه عبد .

ابن القاسم : فتوضع تلك القيمة على يد رجل ، فإن أدت كتابتها رجعت تلك القيمة إلى الأب ؛ لأنه قد انكشف الأمر أنها كانت حين التزويج حرة ، وإن عجزت أخذها السيد ، وهذا مذهب « المدونة » وهو المشهور .

اللخمي : ولا معنى لوقف القيمة ، بل تدخل القيمة في الكتابة ويتعجلها السيد ، فإن وفت عتقت وولدها ، وإلا حبست من آخر الكتابة ، يريد : وليس على الأب إلا الأقل من قيمة الولد وبقيت الكتابة ، وهكذا نقل ابن يونس عن محمد ، ووجهه ظاهر ؛ لأن المكاتبة أمة والحرية مشكوك فيها ، فيلغى المشكوك .

واختار اللَّخْمِيّ التفرقة ، وإن كان الزوج مأموناً ولا تخاف غيبته أو أتى بحميل ، ألا يخرج المال من ذمته لئلا يضيع فيذهب مجاناً تركت تحت يده ، وإلا وقفت .

وَيُقَوَّمُ وَلَدُ أُمِّ الْوَلَدِ عَلَى غَرَرِهِ لِعِتْقِهِ بِمَوْتِ سَيِّدِ أُمِّهِ، وكَذَلِكَ لَوْ مَاتَ قَبْلَ الْقَضَاءِ سَقَطَ

يعني : أن أم الولد إذا غرت بالحرية ، ولم يعثر على ذلك إلا بعد أن ولدت ، فإن

---

(١) «الجامع» (٤/ ٢٣٩) . (٢) « النكت والفروق » (١/ ٢١٧) .

الولد يقوم على غرره لو جاز بيعه ، لاحتمال موته قبل سـيد أمه ، فيموت رقيقاً واحتمال موت سيد أمه قبله فيكون حراً ، هذا هو المشهور .

وقال ابن الماجشون : يغرم قيمته عبداً ، أي لأن السيد يستخدمه كما يستخدم العبيد ، وحريته مشكوك فيها .

وعلى القولين فالقيمة يوم الحكم خلافاً للمغيرة .

ولمالك في « ثمـانية أبي زيد » : إن كان صغيراً لا خدمة فيه فلا شيء على الأب ، فإن أطاق الخـدمة غـرم أجرته كل يوم ، وإن مـات قبـل أن يبلغ ذلك فلا شيء عليـه ، وإن استحق بعد أن صار رجلاً كان عليه الأجرة من يوم استحق .

مطرف : وإن مرض لم يكن عليه شيء حتى يصح ، فإذا فرعنا على مذهب « المدونة» فقتل هذا الولد قبل الحكم فيه ، فهل تجب قيمته لسيد أمه على أنه رقيق ؛ لأن الترقب قد فقد ؟

عيـاض : وإليه ذهب معظم الشيوخ ، أو قيمته على ما فيه من الرجاء والخوف ؟ وإليه ذهب ابن أبي زيد في « المختصر » .

واستشكله أبو عمران وصوبه غيره ، وأما لو جرح فتردد بعض القرويين هل تكون عليه القيمـة على الترقب ، ثم جزم بوجـوبها على الترقب لبقـاء النفس التي تترقب فيـها بقاء الحرية .

قوله: (**وكَذَلِكَ لَوْ مَاتَ قَبْلَ الْقَضَاء سَقَطَ**) أي : ولأجل اعتبار الترقب في قيمة الولد لو مات السيد قبل القضاء أسقط التقويم ، اللَّخْمِيّ : وتتفق الأقوال إذا مات السيد إلا قول المغيرة أن القيمة يوم ولد ، فلا تسقط بموت السيد ولا بموت الولد .

وَيُقَوَّمُ وَلَدُ الْمُدَبَّرَةِ عَلَى غَرَرِه لِجَوَازِ عتْقه

أي : إذا غرت ، وقوله : (**عَلَى غَرَرِه**) أي : لجواز عتقه بموت السيد إذا حمله الثلث، ولا دين على السيـد ، ولجواز ألا يحمل الثلث الجمـيع ، ولجواز رقه إذا كان على السـيد دين أو يموت قبل ذلك فالرق فيـه أشد منه في ولد أم الولد ، وهذا مذهب ابن القاسم في « المدونة » والمشهور ، وقال ابن المواز : بل يغرم الأب قيمته رقيقاً .

اللخمي : وهو مثل قول عبد الملك في ولد أم الولد ، وذكر المازري في باب الاستحقاق

أن المشهور الذي عليه الأكثر من أصحاب مالك خلاف قول ابن القاسم في « المدونة » وأنه يقوم رقيقاً ، ألا ترى أنه لو اشترى المدبر رجلاً فعتقه لكان العتق فوتاً ، ولا يرجع على البائع بشيء من الثمن على إحدى الروايتين .

عبد الحميد : فإن قتل ولد المدبرة جرى فيه من الخلاف ما جرى في ولد أم الولد .

وَإِذَا ادَّعَى الزَّوْجُ الْغُرُورَ ، وأَنْكَرَهُ السَّيِّدُ فَفِي تَعْيِينِ الْمَقْبُولِ قَوْلانِ

قال أَشْهَب : القول قول الزوج ؛ لأنه ادعي الغالب ، ونحوه حكى ابن يونس[1] عن ابن القاسم: إذا قال الزوج : ظننت أنها حرة ، وقال سحنون : بل القول قول السيد ؛ لأن الزوج مدَّعٍ لحرية ولده .

الْعِتْقُ : وإِذَا عُتِقَ جَمِيعُهَا تَحْتَ الْعَبْد حِيلَ بَيْنَهُمَا وخُيِّرَتْ بِخِلافِ الْحُرِّ

هذا راجع إلى قوله :(**وللزوجة خاصة الخيار بالعتق**) .

وقوله : (**جَمِيعُهَا**) يريد: إما في دفعة أو أكثر،فقد نص في « الموازية » ، و«العتبية»[2] فيما إذا تزوجت وهي معتق بعضها ، وأكمل عتقها بعد ذلك على أن لها الخيار ، ومراده بـ (**الْعِتْق**) العتق الناجز ؛ ولأنه لا يجب لـها الخيار بالكتابة والتدبير والعتق المؤجل والاستيلاد هكذا نصوا ، ولا يسبعد الاستيلاد لأنه نص في « المدونة » في غير موضع على أن السيد إذا وطئ أمته المتزوجة ، وكان الزوج معزولاً عنها أنها تكون له أم ولد .

قوله : (**حِيلَ بَيْنَهُمَا وخُيِّرَتْ**) نحوه في « المدونة » في غير ما موضع ، ودليله: ما في الصحيحين في حديث بريرة أنها عتقت فخيرها النبي ﷺ ، وروى البخاري وغيره أن زوجها كان عبداً ، وورد أنه كان حراً ، ولكن ضعفه البخاري وغيره ، ولهذا لم يقل مالك رحمه الله : لها الخيار إذا كان زوجها حراً .

وعلى هذا فيكون الموجب لخيارها: نقص العبد عنها بالرق ، لا ما قاله الحنفية من أن موجبه جبر الخلل الواقع في النكاح بإجبار السيد أمته على النكاح ، حتى أوجبوا لها الخيار تحت الحر أيضاً ، ويحقق عندك عدم مراعاة أصحابنا ما قالوه من أن العلة في الخيار الجبر ما في « الموازية »: إذا طلبت الأمة أن تتزوج هذا العبد ثم عتقت أن لها الخيار .

---

(١) «الجامع» (٤/ ٢٣٥) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٤/ ٣٢٦) .

وَفِيهَا : لَوْ وَقَفَتْ سَنَةً وَلَمْ تُمَكِّنْهُ ، وَقَالَتْ: لَمْ أَسْكُتْ رِضًا صُدِّقَتْ بِغَيْرِ يَمِينٍ كَالتَّمْلِيكِ

لأنها تقول : سكتُ لأرى رأيا ، ولو اخترته لمكنته من نفسي .

ابن عبد السلام : ولم يذكر في « المدونة » من أوقفها هذه المرة ، فإن من المعلوم أن الحاكم لا يوقفها هذا القدر ، ولعله السبب المقتضي لنسبة المصنف لها .

ابن عبد السلام : وحكى بعضهم قولاً بسقوط الخيار لطول المدة ، وإن أوقفها الزوج بحضرة العتق ، وقال : إما أن تختاري المقام أو الطَّلاق ، فقالت له : أنظر وأستشير ، فالقول قولها، واستحسن أن تؤخر ثلاثة أيام .

وقوله :(بِغَيْرِ يَمِينٍ) هو مذهب « المدونة » ، وفي « العتبية »[1] : تحلف وهو على الخلاف في أيمان التهم .

فَلَوْ عُتِقَ قَبْلَ أَنْ تَخْتَارَ سَقَطَ كَمَا لَوْ عُتِقَا مَعاً

أي : إنما سقط خيارها ؛ لأن الموجب لخيارها رقه ، فإذا زالت العلة زال المعلول ، ولا إشكال فيما إذا أعتقا معاً ، وأما إذا أعتق بعدها قبل أن تختار ، فمن الشيوخ من جرد المسألة من الخلاف نصاً وتخريجاً ، ومنهم من أثبته تخريجاً فقط ، وهو ابن زرب ؛ لأنه عارضها بمسألة الحيض الآتية ، وهي أنها إذا أخرت للحيض فعتق الزوج ، فقال ابن القاسم : هي على خيارها .

وخرج من كل واحدة رواية في الأخرى ، وفرق بينهما بأنها في الحيض ممنوعة شرعاً ، فعذرت إذ لا تفريط منها لخلاف هذه ، ومنهم من أثبته نصا ، وذكره عن ابن زياد ، ونقله ابن عبد البر[2] عن ابن القاسم .

فَلَوْ أَبَانَهَا سَقَطَ ، بِخِلافِ الرَّجْعِيِّ

أي : فلو أبانها قبل أن تختار سقط الخيار لاستحالة وقوع الطَّلاق منها وهي بائنة ، بخلاف الرجعي فإنها زوجة .

اللَّخمِيّ : ولو قيل: إنها تمنع من الطّلاق إذا قال الزوج : أنا لا أرتجع ، لرأيته حسنا .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/ ٣٢٦) .

(٢) « الكافي » (ص/ ٢٤٦) .

فَإِنْ اخْتَارَتْ قَبْلَ الْبِنَاءِ فَلا صَدَاقَ ، وَيَرُدُّهُ السَّيِّدُ

لأنه فراق قبل الدخول من جهتها .

وقوله :(**فَلا صَدَاقَ**) يعني : لا يكون لها نصف ؛ لأنه قد علم أن المرأة لا تستحق قبل البناء إلا النصف ، وقوله : (**وَيَرُدُّهُ السَّيِّدُ**) يعني : إن قبضه .

فَإِنْ كَانَ عَدِيماً فَقِيلَ : يَسْقُطُ خِيَارُهَا ؛لأَنَّ ثُبُوتَهُ يُسْقِطُهُ ، وقِيلَ : يَثْبُتُ وَتُبَاعُ فِيهِ لِمَا أَوْجَبَهُ الْحُكْمُ ، وقِيلَ : يَثْبُتُ وَلا تُبَاعُ لأَنَّهُ طَارِئٌ بِالاخْتِيَارِ بَعْدَ الْعِتْقِ ...

هذا مفرع على قوله : (**وَيَرُدُّهُ السَّيِّدُ**)، وقوله : (**فَقِيلَ : يَسْقُطُ خِيَارُهَا** . . .إلخ) أي: لأنه صار دينا على السيد وهو عديم ، فيرد لتقدم الدين عليه ، فكان ثبوت خيارها يفضي إلى بطلان عتقها ، وإذا بطل عتقها بقيت زوجة .

وهذا القول هو المختار الذي به الحكم ، قاله المتيطي وغيره ، وعمل بذلك وثيقة، وتصور القول الثاني من كلامه ظاهر ، ورأى في الثالث أن الزوج إنما وجب له الرجوع بالصداق بعد العتق ، فصار كدين طرأ بعد العتق فلا يرد له العتق ، فالضمير في قوله:(**لأَنَّهُ طَارِئٌ**) عائد على الدين المفهوم من السياق ، وهو أقيس .

ابن عبد السلام : وهو أشبه بأصل ابن القاسم في « المدونة »[1] لما في العتق الأول منها: إذا باع عبدك بسلعة بأمرك ثم أعتقته ثم استحقت السلعة ولا مال لك ، فليس للمبتاع رد العتق ؛ لأنه دين لحق السيد بعد إنفاذه .

لكن تأول محمد هذه المسألة على أن الثمن كان بيد السيد حتى أعتق ، قال : وأما إن تلف أو أنفقه قبل العتق فليرد العتق ؛ لأن السلعة لم تكن ملكاً له .

فَإِنِ اخْتَارَتْ بَعْدَ الْبِنَاءِ فَالْمُسَمَّى ويَكُونُ كَمَالِهَا إِلا أَنْ يَكُونَ السَّيِّدُ قَبَضَهُ أَوِ اشْتَرَطَهُ

لا إشكال في وجوب المسمى بعد الدخول ، ويكون كمالها فيتبعها ؛ لأن العبد إذا عتق تبعه ماله ، إلا أن يشترط السيد .

وجعل المصنف قبض السيد كاشتراطه ، ونحوه في « المتيطية » و « الجواهر »[2] .

---

(١) « المدونة » (٨/ ٣١١) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٤٥٨) .

وينبغي أن يقيد بما إذا قبضها على سبيل الانتزاع ، وهو الذي يدل عليه لفظ « المدونة » فإنه قال : إلا أن يكون السيد أخذه قبل العتق أو اشترطه فيكون له .

وَإِنْ رَضِيَتْ وهِي مُفَوَّضَةٌ قَبْلَ الْبِنَاء فَفُرِضَ لَهَا بَعْدَ الْعِتْقِ فَلا سَبِيلَ لِلسَّيِّدِ عَلَيْهِ ...

لأنه قبل الفرض لـم يتقرر لها شيء ، بدليل: أن المفـوض لو طلقت قبل البناء لم يكن لها شيء ، فصار كمال وهب له بعد العتق .

ابن بشـيـر : وإذا استـثنى صداقهـا قبل البناء ، وكان تفـويضاً في الروايات لا يصح استثناؤه؛ لأنــه لم يجب لها بعد ، وقال بعض الأشـياخ : يجري على القولين فـيمن قال لعبده : أنت حر وعليك ألف ، هل يكون حرا ولا شـيء عليه ، أو يتبع بما جعل عليه ؟ وأنكر ابن محرز هذا ورأى أنه لا يختلف في أن الاستـثناء لا يصح ؛ لأنه اشترط لنفسه ما لا تملكه المرأة هنا .

وَاخْتِيَارُهَا طَلْقَةٌ بَائِنَةٌ كَالْعَيْبِ ، ورُوِيَ أَنَّ لَهُ الرَّجْعَةَ إِنْ عُتِقَ فِي الْعِدَّةِ ...

يعـني : أن اختيارها طلقة بائنة ، سـواء بينت الواحدة أو لم تبين ، بل قالت : اخترت نفسي فقط ، وهكذا قال في « المدونة » .

والرواية بأن له الرجعة إذا عتق في « مختصر مـا ليس في المختصر » ، وقاسه فيه على طلاق المولى والمعسر بالنفقة ، والقول الأول هو المشهور .

فَإِنْ قَضَتْ بِاثْنَتَيْنِ طَلاقَ الْعَبْدِ فَفِي لُزُومِهِ رِوَايَتَانِ ، وَرَجَعَ إِلَيْهِ ...

نحـوه في « المدونة »[1] ففيها : وللأمة إذا عتقت تحت العبد أن تختار نفسها بالبتات ، على حديث بريرة ، وكان مالك يقول مدة : ليس لها أن تختار إلا واحدة بائنة ، وهو قول أكثر الرواة .

ابن يـونس[2] : ووجه الأول: أنها ملكت ما كـان ملكه من الفراق ، فلها أن تفارق بما شاءت كهو ، ووجه الثاني: أن الواحدة تبينها ، فالزيادة على ذلك ضرر . انتهى .

فقوله: كهو ، إشارة إلى أنهـا إنما تؤمر ابتداء على القولين بواحدة ، ألا ترى أن الرجل يؤمر ألا يطلق إلا واحـدة ، وعلى هذا فالخلاف إنما هو في لزوم الزائد على الواحـدة بعد الوقوع، كما ذكر المصنف .

---

(١) « المدونة » (٤/٢٠٦) .

(٢) «الجامع» (٤/ ٢٤٠) .

وحكي عن مالك وابن القاسم في « المدونة » أن للمعتقة تحت العبد أن تطلق نفسها ثلاثاً ، فمن الشيوخ من نسب قائله إلى الوهم ؛ لأن الطَّلاق إنما يعتبر بالرجال ، ومنهم، من صححه ، ووجهه: بأن الزوجة لما انتقل إليها الطَّلاق وهي حرة اعتبرت .

وَتُؤْمَرُ بِالتَّأْخِيرِ فِي الْحَيْضِ

لأن اختيارها طلاق والطلاق في الحيض منهي عنه .

فَإِنْ أَخَّرَتْ فَعُتِقَ الزَّوْجُ فِيهِ ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : هِيَ عَلَى خِيَارِهَا ، وَقَالَ اللَّخْمِيّ : الصَّوَابُ أَن لا خِيَارَ لَهَا ...

قد تقدم أن ابن زرب عارض بين هذه المسألة وبين ما إذا عتق بعد عتقها ، وما يتعلق بذلك وما صوبه اللَّخْمِيّ ظاهر لزوال سبب الخيار وهو لحاق العار بسبب حريتها ورق زوجها .

فرع :

فإن اختارت في الحيض فلا تجبر على الرجعة على المشهور ؛ لأن الطَّلاق بائن .

ابن رشد[1] : وعلى أنه طلاق رجعي إن أعتق زوجها قبل انقضاء العدة تخير .

وتردد اللَّخْمِيّ في هذا ؛ لأن الطّلاق ليس بيد الزوج ، وإنما هو حق عليه ، فتشكل صحة رجعته أو جبره عليها .

وَيَسْقُطُ خِيَارُهَا بِقَوْلِهَا وبتمْكِينِهَا وَمَا فِي مَعْنَاهُ إِن كَانَتْ عَالِمَةً بِالْعِتْقِ وَالْحُكْمِ ...

قوله : (**بِقَوْلِهَا**) بأن تصرح بالمقام مع الزوج أو بتمكينها ؛ أي : تمكن من نفسها من الاستمتاع .

وقوله : (**وَمَا فِي مَعْنَاهُ**) أي : تستمتع بالزوج ، وهذا أقوى في الوكالة من التمكين ؛ لأن هذا فعل وهذا ترك .

وقوله :(**إِن كَانَتْ عَالِمَةً بِالْعِتْقِ وَالْحُكْمِ**) يعني أن السقوط مشروط بأن تعلم بأنها عتقت وأن لها الخيار ، وهو معنى قوله :(**الْحُكْمِ**) .

وَالْجَاهِلَةُ بِالْعِتْقِ تُخَيَّرُ اتِّفَاقاً

لأنها معذورة .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٥/ ٤٧٠) .

ابن عبد السلام : وينبغي أن يعاقب الزوج إذا علم بالعتق والحكم ، كما قالوا : إذا وطئ المملَّكة والمخيرة وذات الشرط .

وَالْجَاهِلَةُ بِالْحُكْمِ : الْمَشْهُور سُقُوطُهُ ، وَقَالَ ابْنُ الْقَصَّار : إِنَّمَا أَسْقَطَهُ مَالكٌ بِالْمَدِينَةِ حَيْثُ اشْتَهَرَ وَلَمْ يَخْفَ عَلى أمَةٍ ، وَأَمَّا إِذَا أَمْكَنَ جَهْلُهَا فَلا ...

الأقرب أن قول ابن القصار تقييد ، وأيضاً فإن ما نسب المصنف لابن القصار وقع نصا لمالك في « المختصر » و « المدونة » وإذا كنا نقيد قول الإمام بقول غيره ، فتقييده بقول نفسه أولى ، لكن قول المصنف وابن شاس[1] وصاحب « الذخيرة »[2] : المشهور سقوط الخيار ، يقتضي أن قول ابن القصار خلاف .

فرع :

قال في « الجواهر »[3] : وإذا اختلفا في المسيس فإن أنكرت الخلوة فالقول قولها مع يمينها ، وإن اعترفت بالخلوة فالقول قوله مع يمينه ، وإن تصادقا على المسيس وادعى الطوع وادَّعت الإكراه فالقول قوله مع يمينه ، وإن تصادقا على المسيس والطوع واختلفا هل علمت بالعتق فالقول قولها .

محمد : بغير يمين .

وَإِذَا عُتِقَتْ واخْتَارَتْ وتَزَوَّجَتْ ، وَقَدِمَ وَثَبَتَ أَنَّهُ عُتِقَ قَبْلَ اخْتِيَارِهَا فَكَزَوْجَةِ الْمَفْقُودِ

قد تقدمت هذه المسألة مع نظائرها في مسألة الوليين .

وَإِذَا عُتِقَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ وَلَمْ تَعْلَمْ حَتَّى بَنَى بِهَا فَلَهَا الأَكْثَرُ مِنَ الْمُسَمَّى أَو صَدَاقُ حُرَّةٍ مِثْلِهَا ...

لأنه إن كان المسمى أكثر فقد رضي الزوج به على تقدير أن يكون أمة ، ولا يقال: إن الزوج إنما رضي به على تقدير أمة ، ولا يقال: إن الزوج إنما رضي به دوام العصمة ؛ لأن الصداق إنما يقابل الوطأة الأولى ، وإن كان صداق مثلها أكثر وجب دفعه لها ؛ لأنه قيمة بعضها .

---

(١) « الجواهر » (٢/٤٥٨) .

(٢) « الذخيرة » (٤/٢٤٢) .

(٣) « الجواهر » (٢/٤٦٠) .

وَإِذَا تَنَازَعَ الزَّوْجَانِ فِي الزَّوْجِيَّةِ فَلا يَمِينَ عَلَى الْمُنْكِرِ إِذْ لا يُقْضَى بِنُكُولِهِ ...

يعني : إذا ادعى رجل نكاح امرأة ، فأنكرته أو بالعكس ، فلا يمين على المنكر ، قال المصنف : **(إِذْ لا يُقْضَى بِنُكُولِهِ)** أي: لانتفاء ثمرة اليمين وهي انقلابها على المدعي فيقضى له بيمينه مع نكول المدعى عليه ، وهو مراد بقوله : **(إِذْ لا يُقْضَى بِنُكُولِهِ)** ، وليس مراده أنه يقضى على المدعى عليه بنكوله دون يمين المدعي ؛ لأن النكول لا يقضى به في المال فما بالك بغيره .

ابن عبد السلام : قال جماعة : وهذا إنما هو في غير الطارئين ، وأما الطارئان فتتوجه اليمين على المنكر ، لأنهما لو تصادقا على النكاح لنفذ قولهما .

وفيه نظر ؛ لأن مراد أصحابنا من تصديق الطارئين على النكاح إنما هو إذا قدما مصطحبين اصطحاب الزوجين ؛ لأن لو كلفناهما البينة على النكاح لشق ذلك عليهما ، ولأنا لو منعناه منها بأن منعناها أيضاً هي من غيره ، كان ذلك أشد الحرج ، وإن لم نمنعها كان ذلك أقوى ريبة ، لأن فيه ترك الظاهر الراجح واستعمال المرجوح .

واختلف في غير الطارئين إذا أقر الزوج والولي بالنكاح وأنكرت المرأة هل يحلف أم لا؟ على ثلاثة أقوال ، يفصل في الثالث بين أن يكون ثم منع وعلامة أم لا ؟

فروع :

الأول : إن أتى المدعي منهما ببينة بسماع فاشٍ من العدول وغيرهم بصحة النكاح واشتهاره بالرق ، فقال المتيطي : المشهور المعمول به أنه يثبت النكاح .

وقال أبو عمر : إنما تجوز شهادة السماع حيث يتفق الزوجان على الزوجية .

الثاني : قال أبو عمران : الذي يدعي نكاح امرأة ولا بينة له لا يمكن من نكاح خامسة، إلا أن يطلقها ؛ لأنه زعم أنها في عصمته وقد ظلمته في إنكارها النكاح .

ابن راشد : ويلزم على قوله ألا تمكن المرأة من النكاح إذا ادعته وأنكرها ؛ لأنها معترفة أنها ذات زوج .

الثالث : إذا ادعى رجل نكاح ذات زوج ، وقال : تزوجتها قبل ذلك ، لم يسمع قوله، فإن أتى بشاهد واحد أمر الزوج باعتزالها حتى يأتي بشاهد آخر إن ادعى أمدا قريبا، فإن لم يأت بشاهد لم يلزم واحدا من الزوجين يمين .

فَإِنْ أَتَى بِشَاهِدٍ فَقَوْلَانِ ، وَلَا يُقْضَى بِنُكُولِه ، لَكِنْ إِنْ نَكَلَ الزَّوْجُ غَرِمَ الصَّدَاقَ ...

أي : فإن (**أَتَى**) المدعي للنكاح (**بِشَاهِدٍ فَقَوْلَانِ**) :

أحدهما : أن اليمين لا تتوجه ، وهو قول مالك في « المدونة » في آخر كتاب الأيمان بالطلاق ، لانتفاء ثمرتها كما تقدم .

المتيطي : وهو قول مالك وجميع أصحابه .

والقول الثاني لابن القاسم في « الموازية » : يحلف المنكر ثم إن نكلت المرأة لم يثبت النكاح ولا تحبس ، وإن نكل الزوج غرم الصداق ، واستشكل هذا القول لأنه إذا وجب اليمين لأجل المال فينبغي أن تحلف مع شاهدها أولاً .

والضمير في :(**نُكُولِهِ**) يعود على المدعى عليه منهما ، ومعنى قوله : (**وَلَا يُقْضَى**) أي بالنكاح .

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِيمَنِ ادَّعَى الزَّوْجِيَّةَ : لَا تُؤْمَرُ الْمَرْأَةُ بِانْتِظَارِه إِلا أَنْ يَدَّعِيَ بَيِّنَةً قَرِيبَة ،فَإِنْ أَعْجَزَهُ لَمْ تُسْمَعْ بَعْدَهُ نَكَحَتْ أَوْ لَا ، وَمَضَى الْحُكْمُ ...

يعني : إذا ادعى رجل نكاح امرأة فلا يلتفت إلى دعواه ولا تؤمر المرأة بانتظاره ، وكذلك إذا ادعى بينة بعيدة ، وإن كانت قريبة لا يضر بالمرأة انتظارها ، ورأى الإمام لذلك وجهاً ، أمرت بالانتظار .

قوله :(**فَإِنْ أَعْجَزَهُ**) ثم جاء ببينة فقد مضى الحكم ، نكحت أو لم تنكح ، وهكذا روى أصبغ عن ابن القاسم في « العتبية » [1]، وأسقط المصنف من الرواية كون القريبة لا يضر بالمرأة انتظارها ، وكون الإمام يرى لذلك وجها ،كأنه رأى أن القريبة لا تضر بالمرأة .

قال في « البيان » [2]: وقوله : إنه لا تقبل منه بينة إن أتى بها بعد التعجيز خلاف ما في سماع أصبغ من كتاب الصدقات والهبات ، وخلاف ظاهر «المدونة» إذا لم يفرق بين تعجيز الطالب والمطلوب .

وقال ابن القاضي : يقبل منه ما أتى به بعد التعجيز ، كان طالبا أو مطلوبا ، وفرق ابن الماجشون في الطالب بين أن يعجز في أول قيامه قبل أن يجب على المطلوب عمل ، وبين

---

(١) « البيان والتحصيل » (٩/ ١٨٠) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٩/ ١٨٠) .

أن يعجز بعد أن وجب على المطلوب عمل ، ثم رجع إليه ، ففي تعجيز المطلوب قولان، وفي تعجيز الطالب أقوال ، قيل : وهذا في القاضي الحاكم دون من بعده من الحكام ، وقيل : بل ذلك فيه وفي من بعده من الحكام ، وهذا الاختلاف إنما هو إذا عجزه بإقراره على نفسه بالعجز ، وأما إذا عجزه بعد التلوم والإعذار السلطانُ وهو يدعي أن له حجة،فلا يقبل منه ما أتى به بعد ذلك من حجة ، لأن ذلك قد رد من قوله : قبل نفوذ الحكم عليه ، فلا يسمع منه بعد نفوذه عليه . انتهى .

فرع :

ثم حيث أمرت بالانتظار فطلبها الزوج بحميل بوجهها ليقيم البينة على عينها ، ففي «وثائق ابن الهندي » وابن العطار وغيرهما : يلزمها ذلك، وفي « أحكام ابن العطار»: لابن لبابة وغيره من الشيوخ : أنه لا حمالة في ذلك .

المتيطي : والذي جرى به العمل عند شيوخنا وانعقدت الأحكام عليه أن تجعل عند امرأة صالحة تتحفظ عليها ، أو تجعل المرأة عندها ، وإلا فتسجن في الحبس حتى يحق الحق ، وعمل وثيقة على هذا القول .

فروع :

الأول : إذا أقامت المرأة على الزوج المنكر شاهدين ، ولم يأت بمدفع لزمه النكاح والدخول والنفقة ولا ينحل عنه إلا بطلاق ، فإن طلق قبل البناء لزمه نصف الصداق ، فإن أبى من الدخول أو الطَّلاق ، فقال ابن الهندي : كان بعض من أخذت عنه العلم أن السلطان يطلق عليه بعد أربعة أشهر من وقت إبايته ، ويكون بمنزلة الولي لأنه مضار .

خليل : وفيه نظر ؛لأن المشهور المذهب فيمن ترك وطء زوجته بغير يمين أنه يطلق عليه بغير أجل

المتيطي : ولم يجعل ابن الهندي وابن العطار وغيرهما من الموثقين إنكار الزوج للنكاح طلاقاً ، وهو أصل مختلف فيه ، فقد وقع لأصبغ في « الواضحة »: إذا قال الزوج : أنكحتني فلانة ، وقال الأب : بل فلانة ، فإن النكاح يفسخ ، ولا أيمان بينهما ، قال : وإن رجع أحدهما إلى تصديق صاحبه لم يقبل منه ، ولزم الزوج أن يغرم نصف صداق كل واحدة ، الأولى بإقراره والثانية برجوعه إليها ، فجعل الإنكار طلاقا ، وكذلك اختلف في مسألة الابن الذي زوجه أبوه وهو ساكت ، هل يكون نكوله طلاقا أم لا ؟

وفي «مسائل ابن زرب» في وصي أنكح يتيمته من رجل ثم إن الزوج أنكر ذلك ، فقال

له القاضي : طلقها ، فقال : وكيف أطلق من لم أنكح ؟ فقال : ولعلك فعلت فطلاقها خير لك ولها ، فلم يَرَ الإنكار طلاقا ، وقال ابن القاسم فيمن قال في جارية بيده : اشتريتها ، وقال سيدها : بل زوجتكها : إنهما يتفاسخان بعد تحالفهما ولا تكون زوجة ولا أم ولد ، وترجع الأمة إلى سيدها ؛ لأن المشتري أقر أنها ليست بزوجة فهو كالمطلق ، وادعى أنها أمة فلا يصدق .

ابن زرب : وقوله : كالمطلق ، ليس هو على أصله ، وليس إنكاره لها طلاقا . انتهى كلام المتيطي .

الفرع الثاني : لو ادعى رجلان نكاح امرأة وأنكرتهما أو أقرت بهما أو بأحدهما فأقام كل منهما البينة على ذلك ، ولم يعلم الأول منهما يفسخ النكاحان بطلاق ، ولا يقضى بالأعدال خلافا لسحنون ، ولا عبرة بتصديق المرأة خلافا لمحمد ، وهذه المسألة كمسألة إذا زوجها الوليان ، ولم يعلم السابق منهما ، وقد تقدمت .

الفرع الثالث : قال في « الجواهر »[1] : ولو أقام رجل بينة أن هذه زوجته فأنكرت وأقامت هي بينة أن فلاناً زوجها فأنكرها ولم يوقتا تاريخا ، فقال أَشْهَب : لا أنظر إلى التكافؤ في العدالة وأفسخ النكاحين ، وقال أصبغ : ما لم يدخل أحدهما ، فإن دخل قبل الفسخ كانت زوجته ، وقيل للآخر: أقم البينة أنك الأول .

أشهب : ومن أقام بينة أنه تزوج فلانة وهي تنكره ، وأقامت أختها البينة أن هذا الزوج تزوجها وهو منكر ، ولم يوقتوا فإن النكاحين يفسخان ، ولا ينظر إلى التكافؤ ، قال : وكذلك لو شهدت كل بينة قبل البناء لفسخا ، ولهما الصداق .

محمد : وهذا لإنكاره نكاح الأخرى ، ولو كان مقراً ويدعي أنها الأخيرة لقبل قوله ؛ لأن البينة لا تكذبه ، ولا ينفع التي تزعم أنها الأولى جحوده ؛ لأن البينة أثبتت نكاحها ، قال : وهذا تقويه المسألة الأولى حين ذكر عنه أنه جعل الإقرار كالإنكار .

وَإِذَا أَقَامَتْ شَاهِداً بِالنِّكَاحِ عَلَى مَيِّتٍ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : تَحْلِفُ مَعَهُ وَتَرِثُ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : لا تَرِثُ ، وَتَوَقَّفَ أَصْبغُ ....

يعني : (**إِذَا أَقَامَتْ شَاهِداً**) على النكاح لرجل ميت (**فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : تَحْلِفُ مَعَهُ وَتَرِثُ**) لأنه بعد الموت لا يكون لها إلا المال .

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٤٦٥) .

ورأى أَشْهَب: أن الميراث يتوقف على ثبوت الزوجية ، والزوجية لا تثبت بالشاهد واليمين ، وقاله ابن القاسم أيضاً ، وهو أقيس بناء على أن الدعوى إذا لم تكن مالاً وتؤول إليه ، هل يقبل فيه الشاهد الواحد أم لا ؟ والأكثر أن التوقف لا يعد قولاً ، وهو الصحيح؛ لأن التوقف يستلزم عدم الحكم ، وعلى قول ابن القاسم الأول فإنها تحلف مع شاهدها وترث إذا لم يكن ثَمَّ وارث معين ثابت النسب ، وأما إن كان فلا ، حكاه صاحب «المغمز»، ولا يقال : يلزمه عليه أن يكون الحكم كذلك في الحياة ، لأنه في الحياة تترتب عليها أحكام أخر غير المال ، كلحوق النسب وغيره ، فإن أثبتا النكاح فبشاهد ويمين ، فإما أن يثبت كل تلك الأحكام وهو باطل بالاتفاق ، أو يثبت الأحكام المالية خاصة مع ثبوت الزوجية ، وهو تناقض ، والله أعلم .

وَتَرِثُ بإِقْرَارِ الزَّوْجِ الطَّارِئِ ، وَفِي غَيْرِ الطَّارِئِ قَوْلانِ ، إلا أَنْ يَكُونَ مَعَهَا وَلَدٌ يُقِرُّ بِهِ فَتَرِثُ حِينَئِذٍ مَعَهُ ...

لأن الطارئ بعده على الزوجية التى ادعاها ومكنه منها .

ابن عبد السلام : وهكذا ينبغي إذا أقرت هي ، ولم يعلم منه إنكار أن يرثها .

وأما غير الطارئ فلعل منشأ الخلاف فيه هل بيت المال وارث فلا ينفع إقراره ، أو حائز للأموال الضائعة فيقبل ؟ وعلته أنه أوصى به ، والجاري على مشهور المذهب عدم القبول ؛ لأن المشهور: أن بيت المال وارث ، وبعدم القبول قال سحنون ولو في الصحة .

ابن عبد السلام : وهو الأقرب زاد (المتيطيّ) ابنُ راشد .

ويفسخ قبل البناء وبعده ، إلا أن يطول بعد البناء جداً ، وظاهر ما نقله اللَّخْمِيّ عن محمد. أنه يقبل دعوى التزويج في غير الطارئين .

وقوله : (**إلا أَنْ يَكُونَ مَعَهَا وَلَدٌ**) أي: أن الخلاف حيث لا يكون ولد معها ، فإن كان معها ولد فترثه أي المقر معه ، أي مع الولد ؛ لأنه لما كان الشرع متشوفاً إلى لحوق النسب جعلوا استلحاقه قاطعاً للتهمة .

وَفِي الإِقْرَارِ بِوَارِثٍ غَيْرِ الزَّوْجِ والوَلَد قَوْلانِ

يعني : إذا أقر رجل أو امرأة بأخ أو ابن عم ونحوه .

وقيد ابن راشد هذا الخلاف بما إذا لم يعلم أنه وارث ، وقال : إن القبول يجري على أصل ابن القاسم ؛ لأنه أقر بمال ، لكن لا يثبت بذلك نسبه ، وعلى أصل أَشْهَب لا يرث؛ لأن الإرث فرع ثبوت النسب .

وَإِقْرَارُ أَبَوَيْ غَيْرِ الْبَالِغِينَ فِي النِّكَاحِ مَقْبُولٌ عَلَيْهِمَا

أي : أبو الصبي وأبو الصبية ، وقبول قولهما ظاهر ؛ لأن كل واحد من الأبوين قادر على إنشاء ما أقر به فلا يتهمان .

فرع :

قال في « الجواهر »[١] : ومن احتضر فقال : لي امرأة بمكة ، وسماها ثم مات ، فطلبت ميراثها منه ، فذلك لها ، ولو قالت هي ذلك ورثها .

ابن راشد : وعلى ما حكاه في« المغمز» إن كان في عصمته امرأة غيرها لم ترثه ؛ لأن هذه حازت الميراث .

وَإِذَا قَالَ : أَلَمْ أَتَزَوَّجْكِ ؟ فَقَالَتْ : بَلَى ، فَإِقْرَارٌ مِنْهُمَا

لأنه إقرار لغة وعرفاً ، ولا بد هنا من إجازة الولي والإشهاد عليه لتصحيح ميراث النكاح .

وَلَوْ قَالَ : قَدْ تَزَوَّجْتُكِ ، فَأَنْكَرَتْ ، ثُمَّ قَالَتْ : نَعَمْ ، فَأَنْكَرَ ، فَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ ...

لأنها لما أنكرت أولاً لم يصح إقرار ، ثم قبولها بعدُ : نعم ، كابتداء دعوى منها عليه بالزوجية ، وأنكر هو ذلك فلم يتفقا في زمان .

وَلَوْ قَالَتْ : طَلَّقْتَنِي ، أَوْ خَالَعْتَنِي ، أَوْ طَلِّقْنِي أَوْ خَالِعْنِي فَإِقْرَارٌ ...

أي : قالت: طلقني أو خالعني في جواب قولها قد تزوجتك فإقرار ؛ لأن المرأة لا تطلب ذلك إلا من زوجها .

وَلَوْ قَالَ : اخْتَلَعْتِ مِنِّي فَإِقْرَارٌ

أي : في جواب قولها : قد تزوجتني .

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٤٦٥) .

وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ حَرَامٌ ، أَوْ بَتَّةٌ فَلَيْسَ بِإِقْرَار إِلا جَوَابَ طَلِّقْنِي ، وَلَوْ قَالَ : أَنَا مِنْكِ مُظَاهِرٌ، فَإِقْرَارٌ بِخِلاف أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي ...

هكذا قال ابن سحنون : إنه إن قال لها أنت حرام أو بائن أو بتة ، فليس بإقرار بالنكاح؛ لأن الأجنبية عليه حرام ، إلا أن تسأله الطَّلاق ، فيجيبها بهذا ، فهو إقرار بالنكاح في إجماعنا ، قال : وكذلك قوله لها :أنا منك مظاهر ، بخلاف قوله: أنت طالق أو أنت على كظهر أمي ؛ لأن مظاهر اسم فاعل ، ولا يصدق ذلك إلا في زوجته بخلاف أنت على كظهر أمي ، فإن ذلك يصدق على الأجنبية .

واعلم أن ما ذكره المصنف هنا من الإقرار إنما يفيد في الطارئين ، وكذلك ذكر ابن عبد الحكم لما تكلم على بعض الفروع التي ذكرها المصنف ، وأما غيرهما فلا ؛ لأنه قد تقدم أنهما لو تصادقا على الزوجية لم يقبل على الظاهر .

الصَّدَاقُ : وَأَقَلُّهُ رُبُعُ دِينَار أَوْ ثَلاثَةُ دَرَاهِمَ أَوْ قِيمَتُهُمَا وَلَوْ كَانَ عَبْداً لأَمَته ...

لما قدم المصنف أن أركان النكاح خمسة ، وتكلم على أربعة منها تكلم على الخامس وهو الصداق ، ويقال: بفتح الصاد وكسرها ، والفتح أفضل ، ويقال : صدقة .

الجوهري[1] : ومنه قوله تعالى: ﴿ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ [النساء : ٤] ، والصَّدُقَة مثله بالضم وتسكين الدال .

عياض : ويقال له : فريضة ونحلة وأجر ، قال الله تعالى : ﴿ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ [البقرة : ٢٣٧] ، وقال : ﴿ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ [النساء : ٤] ، وقال : ﴿اللاَّتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾ [الأحزاب : ٥٠] ، ويسمى أيضاً : عُقْراً وعلاقة ومهراً ، ولا يقال: عَدُّه ركناً لا يصح لصحة نكاح التفويض مع عدم الصداق ، ألا ترى أنه لو مات أو طلق قبل البناء لم يكن عليه شيء ، وهو يدل على صحة النكاح بدون الصداق ؛ لأنا نقول: ما ذكرته من عدم الصداق غير صحيح بدليل أنه لو صرح بإسقاطه فسد ، وعلى هذا فالصداق موجود وإنما المعدوم تسميته ، وما استدللت به على العدم من سقوطه بالموت أو الطَّلاق ليس بجيد ؛ لأن عقد النكاح أحد عقود الشرع ، ونكاح التفويض أحد تحكمات الشرع وتحكماته مألوفة .

---

(١) « الصحاح » (١/ ٣٨٣) .

ونقل عن غير واحد الإجماع على أنه لا حد لأكثره .

ابن الهندي وغيره : وتكره المغالاة فيه ، ولا شك أن التغالي أمر نسبي ، فرب صداق هو كثير في حق امرأة دون أخرى أو رجل دون آخر ، وأما أقله فالمشهور: أنه ربع دينار أو ثلاثة دراهم .

المتيطي وغيره : ويشترط فيها أن تكون خالصة ، وأشار ابن عبد السلام إلى أنه يمكن تخريج الخلاف في اشتراط الخلوص من الزكاة .

وقوله : (**أَوْ قِيمَتُهُمَا**) أي : أو ما يُقوَّم بهما ، وهذا قول مالك .

اللخمي وغيره : قال مالك : أقل الصداق ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو ما يساوي أحدهما ، وقال ابن شعبان : ما يساوي ثلاثة دراهم .

اللخمي : وهو موافق لقول ابن القاسم في السرقة أنها إنما تُقوَّم بالدراهم .

ووقع في بعض نسخ ابن الحاجب :(**أو قيمتها**) فيكون عائداً على الفضة ، والنسخة الأولى أصوب لموافقتها النقل كما ذكرنا ، وذهب ابن وهب إلى إنه لا حد لأقل الصداق وأنه يجوز النكاح بالقليل والكثير ، ونص على جوازه بنصف درهم ، واستحب كونه ربع دينار وهو مذهب الشافعي وجمهور أهل العلم ، ووجَّه أصحابنا المشهور بالقياس على السرقة والجامع بينهما استحلال العضو المحترم ، ولهذا قال الدراوردي لمالك : تعرَّقت فيها يا أبا عبد الله ، أي : ذهبت مذهب أهل العراق فى الأخذ بالقياس .

(**وَلَوْ كَانَ عَبْداً لأَمَتِه**) يعني : فلا بد من هذا القدر لحق الله تعالى ، ونبه على هذه الصورة ؛ لأنه قد يتوهم خروجها من حيث إن صداق الأمة إن كان مالاً لسيدها جاز له تركه ، وإن كان لها فله انتزاعه .

فَإِنْ نَقَصَ وَلَمْ يَدْخُلْ أَتَمَّهُ، وَإِلا فُسِخَ، وَإِنْ دَخَلَ أَتَمَّهُ جَبْراً، وَقِيلَ : كَالصَّدَاقِ الْفَاسِدِ

يعني : فلو نقص عن ربع دينار أو ثلاثة دراهم ، فإن لم يدخل الزوج فالمشهور – وهو مذهب « المدونة » – ما ذكره المصنف : يخيَّر الزوج بين أن يتمّه أو يفسخ ، وقيل : لا بد من فسخه ، وأما إن دخل فالمشهور: أنه يتم لها ربع دينار ولا يفسخ ، قال في «المدونة»[(١)] : للاختلاف فيه .

(١) « المدونة » (٢٢٣/٤) .

قوله : (وقِيلَ : كَالصَّدَاقِ الْفَاسِدِ) ظاهره أنه يثبت بعد البناء بصداق المثل ، ويحتمل أيضاً أنه يفسخ بعده ؛ لأن الفسخ بعد البناء أحد الأقوال في الصداق الفاسد ، وهذان الاحتمالان قد تؤوّلا على قول غير ابن القاسم في « المدونة » في هذه المسألة .

المتيطي وغيره : وغير ابن القاسم الذي أشار في « المدونة » هو ابن الماجشون .

أَمَّا لَوْ طَلَّقَ قَبْلَ الْبِنَاء فَلَهَا نِصْفُ الْمُسَمَّى عَلَى الأَصَحِّ

أي : في هذا النكاح الذي انعقد بأقل من ربع دينار اختياراً والأصح مذهب « المدونة » وعلى قول ابن القاسم في المسألة السابقة لا يكون لها شيء .

وكذلك اختلف إذا لم يرضَ بالإتمام ، فقال ابن القاسم : يكون فراقاً بطلقة بائنة ولها نصف الدرهمين ؛ لأنه صداق مختلف فيه ، وقال ابن حبيب : لاشيء لها ، واختاره ابن الكاتب واللخمي وغيرهما ، قالوا : لأن الفسخ إنما جاء من قبل أنه غير صداق ، فكيف تعطى نصف ما وقع الفسخ لأجله .

وَشَرْطُهُ : أَنْ يَكُونَ مُتَمَوَّلاً

أي : مال يصح تملكه ، ولهذا قال ابن القاسم فيمن تزوج امرأة بقصاص وجب له عليها : إن النكاح يفسخ قبل البناء ويثبت بعده كسائر الأنكحة الفاسدة لصداقها ، لكن اتفق المذهب على أنه يجوز النكاح إذا قالت المرأة : أتزوجك على أن تهب عبدك لفلان أو تتصدق به عليه ، وحكى في « البيان »[1] فيما إذا تزوجها على أن يعتق أباها عنها أو عن نفسه ثلاثة أقوال : أجازه مالك فيهما ، ومنعه ابن الماجشون ، وقال ابن القاسم : إن كان على أن يعتقه عنها جاز النكاح ، وإن كان على أن يعتقه لم يجز .

ورجع قول مالك بالاتفاق على الفرع الأول ، وقول مالك في الثاني قد ينتقض قول المصنف :(أَنْ يَكُونَ مُتَمَوَّلاً) ؛ لأنه إذا وهب عبده لفلان أو عتق عبده عن نفسه لم يحصل لها مال ، وقد يقال : لا نسلم خلو النكاح هنا عن المال ؛ لأنها لما دخلت على عتق العبد عنه أو هبتِه فكأنها ملكته ثم أعتقته عن الزوج أو وَهَبَتْه للغير ، وفيه نظر .

وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمَبِيعِ فِي مَا تَقَدَّمَ

أي : يشترط أن يكون طاهراً منتفعاً به ، مقدوراً على تسليمه ، معلوماً .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/ ٢٧٤) .

وقوله :(**فِي مَا تَقَدَّمَ**) أي : في الذي يقوَّم بربع دينار أو ثلاثة دراهم ، وشبه المصنف بـ(**الْمَبِيعِ**) وإن لم يقدم ذكره ؛ لأنه قد يفعل مثل ذلك كما قال في الشركة : (**الْعَاقِدان كَالْوكِيلِ والمَوكّل**) .

ولأجل أنه كالبيع قال ابن القاسم في « المدونة »[١] في من تزوج امرأة أو اشترى سلعة بدراهم بعضها غائبة : لا خير في ذلك ، إلا أن يشترط أن عليه بدلها إن تلفت ولو حضرت الدراهم ونقدها إياها جاز النكاح والبيع .

فَيَجُوزُ عَلَى عَبْدٍ تَخْتَارُهُ لا يَخْتَارُهُ هو كَالْبَيْعِ

لأنها إذا كانت هي المختارة فقد دخل على أنها تأخذ الأحسن فلا غرر ، بخلاف ما إذا كان الزوج هو المختار .

وقوله : (**كَالْبَيْعِ**) تشبيه لإفادة الحكم ، لكن المصنف لم يذكر هذه المسألة في البيع .

وهذا كقوله : (ويُسِرٌ كالمَأمُومِ والمنْفَرِد) وما ذكره المصنف من المنع إذا كان الخيار للزوج والبائع هو المشهور ، وقال سحنون : يجوز ذلك فيهما .

وقوله في النكاح أظهر ؛ لأنه مبني على المكارمة بدليل أنهم أجازوا فيه الغَرَر اليسير كما سيأتي .

وَلا يَجُوزُ بِخَمْرٍ ، ولا خِنْزِيرٍ ، ولا مَجْهُول ، ولا غَرَرٍ ؛ كَآبِقٍ ، وشَارِدٍ ، وجَنِينٍ ، وثَمَرَةٍ لَمْ يَبْدُ صَلاحُهَا ، وَدَارِ فُلانٍ ، أَوْ عَلَى أَنْ يَشْتَرِيهَا ...

هذا كالبيان لما خرَّج من قوله : (حكم المبيع) .

وقوله : (**بِخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ**) أي : سواء كانت الزوجة مسلمة أو ذمية .

واختلف إذا استهلكت الذمية الخمر ، فقال ابن القاسم : لها صداق المثل ولا تتبع بشيء ؛ وقال أَشْهَب : تعطى ما يستحل به الفرج وهو ربع دينار .

اللخمي : وهو أحسن لأن حقها في الصداق سقط بقبضها الخمر ، وإنما بقي الحق لله تعالى .

وقوله : (**وثَمَرَةٍ لَمْ يَبْدُ صَلاحُهَا**) يريد : على التبقية ، وأما على القطع فهو جائز كالبيع .

---

(١) « المدونة » (٤/ ١٥٤) .

محمد : وإن غفل عنها حتى بدا صلاحها لم يفسخ ؛ لأنه كان جائزاً أولاً ، ولا يتمان على ذلك ويكون لهما قيمة ذلك يوم عقد النكاح ، وترد الثمرة التي طابت للزوج .

وقوله :(**وَدَارِ فُلانٍ ، أَوْ عَلَى أَنْ يَشْتَرِيهَا**) نحوه في « المدونة »، وزعم ابن عبد السلام أنه من الترادف ، وكان شيخنا رحمه الله يفرق بينهما ، فيقول : قوله (**عَلَى دَارِ فُلانٍ**)؛أي: يشتري رقبتها ليجعلها صداقاً لها .

وقوله : (**أَو عَلَى أَنْ يَشْتَرِيهَا**) للمرأة من مالها ويجعل مهرها سمسرته فيها ، وبذلك فسر أبو الحسن الصغير « المدونة » ، وإنما لم يجز ذلك للغرر أن لا يصلح هل يحصل ذلك أم لا ؟ وهذا هو المشهور ، وروى أبو عبيد عن مالك أن النكاح على عبد فلان جائز .

إلا أَنْ يَخفَّ مِثْلَ : شَوْرَةِ الْبَيْت ، أَوْ عَدَد منَ الإبلِ والْغَنَمِ في الذِّمَّة ، أَوْ صَدَاق مِثْلِهَا فَيَكُونُ الْوَسطُ مِنْ شَوْرَة مِثْلِهَا ، ومِنْهَا ومِنْ صَدَاق مِثْلِهَا حَالاً ....

أي :إلا أن يخف القدر فيجوز ذلك في النكاح كالصور التي ذكرها وإن كانت لا تجوز في البيوع ؛ لأن النكاح مبني على المكارمة والبيع مبني على ، فلذلك جاز في النكاح ما لم يجز في البيع ، وعلى هذا فيقال : كل ما صح أن يكون ثمناً أو مثموناً في البيع صح أن يكون صداقاً .

وقد يجوز الصداق بما لا يجوز في البيع ، وهو جوازه على الوصف كشورة البيت أو عدد من الإبل أو الغنم أو صداق المثل ، ويكون الوسط من جميع ذلك ، وإليه أشار بقوله: (**مِنْ شَوْرَة مِثْلِهَا**) فإن كانت حضرية فلها الوسط من شورة مثلها في الحاضرة ، وإن كانت بدوية فالوسط من أهل البادية .

عياض : والشورة والشوار بفتح الشين : المتاع وما يحتاج إليه البيت ، والشورة بالضم الجمال .

وقوله : (**ومِنْهَا**) راجع إلى قوله : (**أَوْ عَدَد منَ الإبلِ والْغَنَمِ**) ؛ أي : ويكون لها الوسط من الإبل والغنم ، قال في « التهذيب »[1] : وعليه الوسط من الأسنان .

وفي « المدونة »[2] : الأهلية وعليه الوسط من ذلك ، فقيل : معناه ما يتناكح به الناس، ولا ينظر إلى كسب البلد ، وقيل : وسط الأسنان من كسب البلد ، واختلف هل

---

(١) « تهذيب المدونة » (١/٣١٨) .

(٢) « المدونة » (٤/١٥٥) .

يشتــرط في جواز النكاح بالرقيق ذكــر الجنس وهو قول سحنون ، أو لا يشتــرط وهو قول محمد ؟ قال : ولها الوسط من الأغلب في البلد من الحـمر أو السودان ، فإن استووا نظر وسط السودان ووسط الحمران فأعطيت نصف ذلك .

ابن يونس : يريد من كل جنس نصفه .

ابن القاسم : وتكون القيمة يوم عقد النكاح .

فرع : قال في « العتبية »[1] : وتعطى الإناث دون الذكور، وذلك شأن الناس، يريد: إذا لم يسمِّ ذكراناً ولا إناثاً .

وقوله : **(ومِنْ صَدَاقِ مِـثْلِهَا)** راجع إلى قوله : **(أَوْ صَدَاقِ مِـثْلِهَا)** أي : يكون عليه الوسط من صداق مثلها إذا تزوجها على صداق المثل .

فـائدة : قد علمت أن النكاح يجوز فيه من الغرر ما لا يجوز في البيع ، والرهن أوسع من النكاح ، فإنه يجوز رهن الآبق ونحوه إلا الجنين فلا يجـوز عنه على المشهور ، والهبة والخلع أوسع من الرهن لجواز الجنين وغيره فيهما ، والله أعلم .

قوله : **(حَالاًّ)** راجع إلى الجميع ؛ لأن الأصل في الصداق الحلول .

فرعان :

الأول : لو تزوج على عبـد غير موصوف مـثلاً فطلقها قبل البـناء ، فقال ابن المواز : على الزوج نصف قيمة عبد يوم زوجت .

وقيل : يحضر الزوج عبدا وسطا ويكون شركا بينهما .

الثـــاني : قال صاحب « تهذيب الطالب » وابن يونس وغيـرهما : ذكر عن أبي عمران فيـمن تزوج امرأة ببـيت على أن يبنيه للمـرأة : فإن كانت بقـعة بعينهـا في ملكه ووصف الطول والعرض والبناء فذلك جائـز ، وإن كان البيت الذي يبنيه مضموناً عليـه ، فقد أفتى أبو محمد وغيره بعدم الجواز ، قال : كما لو أسلم في بيت .

ابـن يونـس : لأن ذلك يرجع إلى السلم في الشيء المـعين ، لأنه يصف البناء والموضع فيؤدي ذلك إلى تعـيينها وهو ظاهر « الواضحة »، وفي « الموازية » مـا يدل على خلافه ، قيل: والجواز ظاهر « المدونة » ، خلاف مـا أفتى به ابن أبي زيد من قوله : وإن كان على

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٣/ ٢٧٣) .

بيت وعطف عليه (شَوْرَةِ الْبَيْتِ) .

فَإِنْ اسْتَحَقَّ فَمِثْلُهُ

أي : استحق الصداق في هذه الأمثلة الثلاثة ، فيجب على الزوج مثله ؛ لأنه مضمون في الذمة .

وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ : لا يَجُوزُ إلا عَلَى مُقَدَّرٍ مَعْلُومٍ ...

أي : كالبيع ، فلا يجوز عنده الأمثلة الثلاثة وشبهها .

أَمَّا لَوْ كَانَ بِعَيْنِهِ غَائِباً فَلا بُدَّ مِنْ وَصْفِهِ ...

يعني : أن ما قدمه من الجواز في العبد غير الموصوف على المشهور إنما هو إذا كان في الذمة ، وأما إن كان معيناً غائباً فلا بد من وصفه لقوة الغرر حينئذ .

وَأَمَّا الْبَعِيدُ جِدّاً كَخُرَاسَانَ مِنَ الأَنْدَلُسِ مُمْتَنِعٌ بِخِلافِ الْمَدِينَةِ مِنْ مِصْرَ

لما كان قوله : (**أَمَّا لَوْ كَانَ بِعَيْنِهِ غَائِباً فَلا بُدَّ مِنْ وَصْفِهِ**) يوهم الجواز في الغائب مطلقاً، بين أن ذلك إنما هو في القريب ، وأما البعيد جداً فلا يجوز ، وما ذكره هو قول ابن القاسم في « الموازية » ففيها: قال ابن القاسم : وأما إن تباعدت الغيبة كخراسان من الأندلس لم يجز ، وأما مثل المدينة من مصر فجائز .

محمد : وسواء في ذلك العبد أو الدار ، وعن ابن القاسم أنه قال : يجوز في مسيرة الشهر ، والضمان من الزوج حتى تقبضه المرأة .

ابن حبيب : والشهر قريب ، ومثل إفريقية من المدينة بعيد ، ويفسخ كان معه غيره أو لم يكن، وقال أصبغ : ما بين إفريقية والمدينة قريب ، وحكى ابن مزين أن ما بين إفريقية ومصر قريب .

وَفِي دُخُولِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ ثَالِثُهَا : يَجُوزُ مَا لَمْ يَشْتَرِطْهُ كَالْبَيْعِ

يعني : وإن أجزنا النكاح لقرب الغيبة ، فهل يجوز الدخول قبل القبض ؟ ثلاثة أقوال وهي مخصوصة بما إذا كانت الغيبة متوسطة ، أما القريبة جدا فيجوز فيها اشتراط الدخول.

ابن بشير : والمشهور عدم صحة اشتراط الدخول في المتوسطة ، وقيل : تصح لأن النكاح مبني على المكارمة ، والقول بجواز الدخول مطلقاً قبل القبض لابن حبيب ،

واستحب أن يقدم ربع دينار ، والقول بالمنع مطلقاً حكاه في « تهذيب الطالب » عن ابن القاسم ، فقال : قال ابن القاسم : وله أن يدخل إن كانت الغيبة قريبة ، ولا يدخل بها في الغيبة البعيدة وإن قدم لها ربع دينار وإن سماه مع البعد ؛ لأن النقد في هذا البعد لا يجوز ، والدخول انتفاء .

عبد الحق : وفيه نظر ؛ وذلك أن النقد في بعيد الغيبة بغير شرط جائز فهلا كان الدخول مثله ، ففهم أن ابن القاسم قال بالمنع مطلقاً ، وفهمها ابن يونس كالقول الثالث من كلام المصنف ، وأنه إنما منع إذا كان على شرط الدخول .

ابن عبد السلام : ومنهم من حد الغيبة في هذا باليومين والثلاثة ، ومنهم من يقول بالجمعة .

وَإِذَا عَقَدَ بِخَمْرٍ وشِبْهِهِ فَمَشْهُورُهَا : يُفسَخُ قَبْلَهُ وَيَثْبُتُ بَعْدَهُ بِصَدَاقِ الْمِثْلِ

أي : فيه ثلاثة أقوال ، والثلاثة لمالك ، والمشهور مذهب « المدونة » .

خليل : وهل الفسخ قبل الدخول إيجاب وهو قول المغاربة ، أو استحباب وهو قول العراقيين ؟ وفي المسألة رابع وسيحكيه المصنف بعد هذا ، إن كان مع الفاسد ما يتمول مما قيمته ربع دينار فأكثر ، فرضيت المرأة به أو رضي الزوج بإعطائها قيمة الآبق مثلاً على أنه غير آبق وتراضيا بما يجوز صح قبل البناء ، وإن بنى بها فلها صداق المثل وهو قول أصبغ.

تنبيه :لم يقف ابن عبد السلام على أن القول بعدم الفسخ مطلق لمالك ، وقد نقله عنه صاحب « الإشراف »، ووجهه: أنه إذا لم يجز النكاح بذلك صار كنكاح التفويض ، ونقله ابن الجلاب أيضاً وغيره .

فرع : ولو دعي الزوج في هذا النكاح إلى البناء والنفقة فأنفق بناء على أنه صحيح ، ثم عثر على الفساد ففسخ ، فقيل :يرجع عليها ، كمن اشترى من رجل داره على أن ينفق عليه حياته فإنه يفسخ البيع ويرجع عليه بما أنفق .

وقال عبد الله بن الوليد : لا يرجع بها عليها ؛ لأن الفسخ قبل البناء واجب ؛ إذ أجازه جماعة من العلماء إذا عجل ربع دينار .

وَتَرُدُّ مَا قَبَضَتْهُ مِنْ مُتَمَوَّلٍ

أي : إذا فسخ فترد ما قبضته من متمول كالآبق والشارد .

واحترز بمتمول من الخمر والخنزير وشبههما .

وَتَضْمَنُهُ بَعْدَ قَبْضِه لا قَبْلَهُ كَالسِّلْعَةِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِد ، فَلِذَلِكَ لَوْ فَاتَ فِي بَدَنٍ أَوْ سُوق أَوْ نَحْوِه كَانَ لَهَا ، وتَغْرَمُ الْقِيمَةَ ، وقيلَ : إِنْ كَانَ مَعَ الْفَاسِد مُتَمَوَّلٌ بِرُبُعِ دِينَارٍ فَرَضِيَتْ بِه أَوْ رَضِيَ هُوَ بِإِعْطَاء قِيمَةِ الآبِقِ وَنَحْوِه ، أَوْ قَدمَ فَرَضِيَ بِإِعْطَائِه لَمْ يُفْسَخْ ...

أي : وتضمن المتمول بالقبض في النكاح الفاسد كما تضمنه في البيع الفاسد بالقبض ، وما ذكره من ضمان الزوجة بالقبض هو قول ابن القاسم وهو المشهور .

وحكى ابن حبيب عن أصحاب ابن القاسم أنهم خالفوه هنا وقالوا : لا ضمان عليها ؛ لأنها لو قبضت عبداً في نكاح صحيح فطلقها قبل البناء وقد مات فلا يرجع عليها بشيء ، ونحوه لابن المواز ، فإنه قال : إذا أصدقها المريض جارية ودفعها إليها فماتت الجارية بيدها لا تتبع بشيء .

وفرق بعض القرويين بين أن يكون النكاح فاسداً لعقده فيكون كالصحيح ، وبين أن يفسد لصداقه فتضمنه بالقبض .

وقوله : (**فَلِذَلِكَ** . . . إلخ) أي : ولأجل أنه ملحق بالبيع الفاسد لزم إذا فات بما يفوت به البيع الفاسد من حوالة سوق أو غيرها أن يبقى ذلك الذي قبضته من آبق أو شارد ملكاً لها ، وتعطي قيمته يوم قبضته كما في البيع الفاسد .

وقوله : (**وقِيلَ : إِنْ كَانَ مَعَ الْفَاسِد** . . . إلخ) تقدم .

وَلَوْ عَقَدَ بِمَغْصُوبٍ فَكَذَلِكَ ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : لا يُفْسَخُ وَلَوْ تَعَمَّدَهُ كَمَا لَوْ أَصْدَقَهَا مَعِيباً فَرَدَّتْهُ ....

ظاهره: أن الإشارة بذلك إلى الخلاف المتقدم ، وتصوره ظاهر ، ولم أرَ نقلاً يساعده ، وها أنا أذكر ما رأيته في « العتبية »[1] : قال سحنون : إن كانت الزوجة لم تعلم أن العبد مغصوب أو حر فالنكاح ثابت ، وإن علمت ذلك فسخ قبل البناء لا بعده .

أصبغ : وسمعت ابن القاسم يقول: الذي يتزوج بالحر أو بالعبد لغيره ، لا يفسخ على كل حال دخل أو لم يدخل ، تعمد ذلك أو لم يتعمده .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/٤٤٥) .

أصبغ : وكذلك لو علمت هي بحرية العبد ولم يعلم الزوج مثله ، قال :ولو علما جميعاً أنه حر وعليه نكحها فسخ قبل الدخول وثبت بعده . انتهى .

قال في « البيان »[1] : وقال سحنون : إن كانت عالمة بغصبه أو بحريته فسخ النكاح ، يريد : والزوج عالم أيضاً ، وأما لو علم أحدهما بذلك دون صاحبه لم يفسخ النكاح على مذهبه ، فليس قوله بخلاف لابن القاسم .

ونقل ابن حبيب في «الواضحة» عن ابن الماجشون وابن كنانة : إن علم أحدهما بحرية العبد يفسد النكاح ويوجب فسخه قبل الدخول وصداق المثل بعده . انتهى.

وعلى هذا اتفق ابن القاسم وسحنون على أن الزوجين إذا علما أنه يفسخ قبل البناء ، واتفقا أيضاً على أن علم أحد دون الآخر لا يفسخ به النكاح على ما فسر به أصبغ قول ابن القاسم ، وما فسر به صاحب « البيان » قول ابن سحنون ،وخالفهما في ذلك ابن الماجشون وابن كنانة ورأيا أن علم أحدهما موجب للفسخ كعلمهما ، وما ذكرناه عن ابن القاسم في « العتبية » هو الذي ذكره المصنف عنه .

وقال ابن بشير : إن علمت الزوجة بالغصب فقالوا : النكاح فاسد ، وهو يجري على القولين فيمن اشترى من غاصب وهو يعلم بالغصب ، وإن لم يعلم بالغصب ففيه قولان مخرجان أيضاً ، والمنصوص في النكاح الجواز وهو المشهور في البيع ، فجعل المعتبر على الزوجة فقط ، وفيه نظر كما ذكرناه .

وَتَجِبُ قِيمَتُهُ أَوْ مِثْلُهُ ، وقِيلَ : مِثْلُهُ فِيهِمَا ، وقِيلَ : صَدَاقُ الْمِثْلِ

يعني : إذا استحق الصداق المغصوب ، وأما غير المغصوب فسيأتي الكلام عليه ، وإنما قلنا : إن النكاح لا يفسخ ؛ لأنها ترجع عليه بالقيمة في المقوم وبالمثل في المثلي ، وهذا هو المشهور ، قاله صاحب « البيان » وغيره .

وقال ابن كنانة في كتاب « المدنيين » في العبد إذا استحق ترجع بمثله ، ونحوه في «كتاب ابن شعبان » ، وإليه أشار بقوله : (**وقِيلَ : مِثْلُهُ فِيهِمَا**) ؛ أي : في المقوم والمثلي ، وقيل : ترجع بصداق المثل مطلقاً ، وهو قول مالك في « العتبية » .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/٤٤٥) .

قال في « البيان »[١] : وهو الصحيح ؛ لأن العبد عوض البضع ، فإذا استحق العبد وجب أن ترجع بقيمة بضعها لفواته بالعقد ، وكان العقد في النكاح فوتاً وإن لم يدخل فيه لما يوجب من الحرمة ، وقد قيل : إنه ليس بفوت ، ويفسخ النكاح إذا كان الصداق عرضاً بعينه واستحق قبل الدخول ، وهو قول يحيى في «العشرة» . انتهى .

وعلى هذا ففي المسألة أربعة أقوال ، وحكى في « البيان »[٢] فى موضع آخر خامساً لسحنون والمغيرة بالفرق ، فإن استحق العبد بالحرية فصداق المثل وفرق فقيمته ، وذكر ابن حارث عن سحنون : إن غرَّها بالعبد وكان حرا فى أصله أنه يفسخ النكاح قبل الدخول ، قال : ومن أصحابنا من يفسخه بعد الدخول .

وقال اللَّخْمِيّ : لو قيل : يرجع بالأقل من قيمته وصداق المثل ، لكان وجهاً ، إلا أن يعلم أنها تزوجت بعين لم ترضَ إلا بما يكون قيمته العبد .

وَإِذَا وَجَدَتْهُ مَعِيبا أَوْ مُسْتَحَقا رَجَعَ بِقِيمَتِهِ أَوْ مِثْلِهِ فِي الْمِثْلِي

أي : مستحقاً في غير الغصب ، وهذا الكلام مما يبين لك أن المراد بالاستحقاق في المسألة السابقة الاستحقاق في الغصب ، لكن حكايته في الأولى الخلاف دون هذه يوهم اختصاص الأولى بالخلاف ، وليس كذلك ، بل الخلاف فيهما واحد ، وكذلك أيضاً الخلاف حاصل في المعيب ، صرح به ابن بشير وغيره .

فَإِنْ فَاتَ الْمَعِيبُ فَكَالْبَيْعِ كَالزَّوْجِ فِي الْخُلْعِ

يعني : إن فات المعيب في يد الزوجة رجعت بقيمة العيب كما إذا طلع المشتري على عيب بعد الفوات ، وكما لو اطلع الزوج في الخلع على عيب بعد الفوات فإنه يرجع عليها بقيمة العيب ، وهذا من المواضع التى شبه المصنف فيها لإفادة الحكم ، ولم يتقدم له حكم البيع والخلع .

قال في « المدونة » : وإن حدث به عندها عيب مفسد فلها رده ، وما نقصه أو حبسه وأخذ الأرش القديم ، وكذلك الزوج في الخلع .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/ ٣٦٧) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٤/ ٣٦٧) .

فرع : وإن تزوجها بقلل من خل فوجدتها خمرا ، ففي « المدونة »[1] : هي كمن تزوجت على مهر فأصابت به عيبا فلها رده ، وترجع بمثله ، يريد : إما بمثلها بعد تطهيرها إن طهرت ، أو بمعرفة ما تحمل من ماء إن لم تطهر ، ثم يكال ذلك الماء ، ويرفع من الخل قدره ، ثم تكسر القلال لأنها لمسلم ، ونقل أبو عمران عن سحنون أنه نحا في هذا إلى ما ذكره ابن المواز أنهما إذا دخلا على الجزاف في الصبرة ثم علما بعد ذلك كيلها، ثم استحقا ما في يد البائع ، أنه يرجع بقيمة صبرته لا بمثلها ولو عرف كيلها .

أبو عمران : والأول أصوب ، ونقل اللَّخْمِيّ عن سحنون في هذا وفيما إذا تزوجت بعبد فوجدته حرا أن النكاح يفسخ . .

اللخمي : ولو تزوجت بالقلل على أن فيها خمراً فوجدته خلاً ثبت النكاح إن أحبا ، كالمتزوجة وهي ترى أنها في عدة ثم تبين أنها في غير عدة ، وقد اختلف فيها ، وإن كرهه فسخ النكاح في مسألة القلل ؛ لأنه إن رضي الزوج دونها فهي حجة الزوجة أن تقول : إنما لم اشترِ خلا ، وإنما رضيت الزوجة دونه ، فمن حجة الزوج أن يقول : أنا لم أبعك خلا .

وهي في هذه الوجوه تفارق المعتدة ؛ لأن المعتدة هي العين المشتراة ، وإنما كان يظن أنه كان يتعلق بالمنع حق لله وقد ثبت خلافه .

وَأَمَّا مَا اسْتَحَقَّ بَعْضُهُ مِنَ الْعُرُوضِ فَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ خُيِّرَتْ بَيْنَ الرد وقِيمَةِ الْجَمِيعِ وبَيْنَ قِيمَةِ الْمُسْتَحَقِّ وإلا فَقِيمَةَ الْمُسْتَحَقِّ ، والْجُزْءُ الْيَسِيرُ مِنَ الرَّقِيقِ كَالْكَثِيرِ ومَا يُسْتَحَقُّ مِنْ جَمَاعَةِ ثِيَابٍ أَوْ رَقِيقٍ بِعَيْنِهَا فَكَالْبَيْعِ ...

حاصله : أن لاستحقاق البعض صورتين :

الأولى : أن يستحق جزء شائع ، انتهى كلامه عليها عند قوله : (**كَالْكَثِيرِ**) .

والثانية : أن يستحق جزء معين .

ثم الصورة الأولى إما أن يكون الصداق عرضاً أو رقيقاً ، ومراده بالعرض: العقار وسائر العروض ، وإن كان عرضاً وكان أكثر من الثلث خيرت بين رد الباقي وأخذ جميع القيمة وبين التمسك وأخذ قيمة المستحق ، وإن كان الثلث فأقل فليس لها إلا قيمة

---

(١) « المدونة » (٢١٨/٤) .

المستحق، ولم يفصل في القليل بين أن يكون فيه ضرر أم لا ، وقد نص في « المدونة »[1] على الرد فيما فيه ضرر .

عياض وغيره : ولو كان العشر ، كما لو استحق العشر من دار ذات مساكين والذي اشتراها لا يمكن أن يسكن معه أحد لكثرة حشمه ، فله أن يردها ، وإنما يتم ما ذكره المصنف في مثل الفنادق ، وهكذا فسر سحنون المسألة .

قوله : (**وَالْجُزْءُ الْيَسِيرُ مِنَ الرَّقِيقِ كَالْكَثِيرِ**) أي : فيوجب الخيار .

ابن يونس : لضرر الشركة في العبد من منع السفر به ومن الوطء في الأمة .

خليل : وينبغي أن يشارك الرقيق في هذه المسألة سائر الحيوان ، وهو الذي يؤخذ من كلامه .

وقوله : (**وَمَا يُسْتَحَقُّ مِنْ جَمَاعَةِ ثِيَابٍ** ... إلخ) هذه هي الصورة الثانية ، وما ذكره من أن حكم هذه الصورة كالبيع نحوه في «المدونة» ، وهو مقيد بما إذا استحق منها شيء معين قليل ، وأما إن كان كثيراً مما يضر به في صفقته ويوجب له ترك جميع الصفقة فيفترق النكاح من البيع ، ففي البيع لا يجوز له التملك بما بقي ؛ لأن حصته مجهولة ، وفي النكاح يجوز له ؛ لأنه في البعض ، وفي الجميع إنما يرجع بقيمة ما استحق ، هكذا قال ابن يونس وغيره ، وهو ظاهر ؛ لأن الصداق لو استحق جميعه لم يفسخ النكاح ، فأحرى في استحقاق البعض .

فرع:

وهل للزوجة إذا استحق الصداق من يدها منع الزوج من وطئها ؟ أما إن استحق قبل البناء ، فلا شك أن لها ذلك ، وإن كان بعده ، فقال مالك في « العتبية »[2] : يحال بينهما .

قال في « البيان »[3] : وهو أظهر الأقوال .

وقال ابن القاسم في « الموازية » : لا يحال بينهما ، وقال أصبغ : يمنع حتى يعطيها ربع

---

(١) « المدونة » (٤/ ١٦٤) . .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٥/ ٤٢) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١٥/ ٤٢) .

دينار ، وقيل بالفرق بين أن يغرها فيمنع أم لا فلا يمنع ، هكذا قال جماعة ، ورأى صاحب « البيان » الخلاف إنما هو إذا لم يغرها ، وأما إذا غرها فلها منعه اتفاقاً .

وَنِكَاحُ الشِّغَارِ: يُفْسَخُ أَبَداً عَلَى الأَصحِّ وإِنْ وَلَدَتْ أَوْلاداً ، وهُوَ مِثْلُ : زَوِّجْنِي ابْنَتَكَ عَلَى أَنْ أُزَوجَكَ ابْنَتِي ، ولا مَهْرَ بيْنَنَا ...

أصله في اللغة: الرفع ، من قولهم : شغر الكلب رجله إذا رفعها للبول ، ثم استعملوه فيما يشبهه ، فقالوا : أشغر الرجل المرأة ، إذا فعل بها ذلك للجماع ، ثم استعملوه في النكاح بغير مهر إذا كان وطئا بوطء وفعلاً بفعل ، فكان الرجل يقول للآخر: شاغرني ؛ أي : أنكحني وليتك وأنكحك وليتي ، بغير مهر .

قال في « المقدمات »(١) : وقيل : إنما سمي نكاح الشغار لخلوه عن الصداق ، وثبت عنه عليه الصلاة والسلام النهي عنه ، وجاء في الحديث مفسراً بما ذكر المصنف .

وهل التفسير من كلامه عليه الصلاة والسلام أو من كلام الراوي وهو نافع ؛ لأنه رواه عن ابن عمر ؟ قولان ، ثم إن أصحابنا قسموه إلى قسمين : صريح الشغار ، وهو ما ذكرنا ، ووجه الشغار وهو أن يكون مع ذلك تسمية مهر .

وما صححه من الفسخ أبداً ولو ولدت الأولاد هو المشهور ، ومقابل الأصح رواه علي ابن زياد أنه يفسخ قبل البناء لا بعده ، وخرج السيوري وابن شبلون من قوله في «المدونة»(٢) : (فيه الميراث ويفسخ بطلاق) قولاً ثالثاً وهو إمضاؤه بالعقد .

وخرجه أيضاً غيرهما على أحد قوليه فيما اختلف الناس فيه أنه يمضي ولا يرد وإن نزلُّوه كحكم حاكم ، واختلف الشيوخ في علة فسخه بعد البناء،فقال عمران : النهي عنه.

والنهي يدل على الفساد ، وقيل : لفساده في عقده لكون كل بضع صداقاً للأخرى ، فهو للزوج غير تام الملك لمشاركة المرأة الأخرى له فيه ، فكان كمن زوج وليته رجلين أو تزوج نصف امرأة أو عند بيع في سلعة بين رجلين على أن لكل واحد منهما جميع السلعة.

ونحا القاضي إسماعيل والباجي(٣) إلى أن علته: عرُوه عن الصداق وشرطهما ذلك .

وقال القابسي : إنما اختلف قول مالك في فسخه لاختلاف الناس في معنى الشغار ؛

---

(١) « المقدمات » (١/٢٥٥) .

(٢) « المدونة » (٤/١٥١) .

(٣) « المنتقى » (٥/٦٩) .

لأن المتفق عليه من لفظ الحديث قوله : « **نهى عن الشغار** » وبأن الحديث من تفسير نافع .

ابن عبد السلام : وكونه من تفسير نافع هو الصحيح .

الباجي[١] : والظاهر أنه من جملة الحديث حتى يدل دليل على خلافه ، ولا يظهر لقول القابسي كبير معنى ، وكذلك لا يظهر للذي قبله ؛ لأنه لو كان لعروِّه عن الصداق وشرطهما ذلك لصح بعد البناء .

فَإِنْ سَمَّى شَيْئًا فِيهِمَا أَوْ فِي أَحَدِهِمَا فُسِخَ مَا سُمِّيَ قَبْلَ الْبِنَاءِ ، وفُسِخَ الآخَرُ أَبَداً ..

يعني : فإن سميا لكل واحدة من المرأتين ، فإن قال : زوجني ابنتك بمائة على أن أزوجك ابنتي بمائة وهو المراد بقوله :(**سَمَّى .... فِيهِمَا**) أي في المرأتين ، ويحتمل في النكاحين ، وهذا هو وجه الشغار .

وقوله : (**أَوْ فِي أَحَدِهِمَا**) أي : أو سمَّيا في أحدهما فسخ ما سمَّيا فيه قبل البناء ، وفسخ الآخر الذي لم يسمِّ فيه في صورة ما إذا سمي لإحداهما دون الأخرى أبداً ؛ لأنه من صريح الشغار .

وقال ابن أبي حازم : كما يفسخ نكاح المسمى لها قبل البناء .

وظاهر ما حكاه المتيطي عنه: عند جواز الإقدام عليه ؛ لأنه قال : وقال ابن أبي حازم في « المدونة »[٢] : لا بأس به .

قال في « البيان » : ولم يختلف قول مالك في المسمى لها ؛ لأنه لا يفسخ بعد البناء ، وأجرى غيره قولاً بالفسخ بعد البناء من الصداق الفاسد ، وهو ظاهر ، قال جماعة : ولا شك أنه صداق فاسد فيجرى عليه ، فانظر هذا .

وَصَدَاقُ الْمِثْلِ بَعْدَ الدُّخُولِ فِيهِمَا مَا لَمْ يَنْقُصْ عَمَّا سُمِّيَ لَهَا ، كَمَنْ نَكَحَ بِمائَةِ دِينَارٍ وخَمْرٍ

قد علمت أن صور هذه المسألة ثلاث :

الأولى : أن لا يسمي فيهما .

والثانية : أن يسمي فيهما .

---

(١) « المنتقى » (٥/ ٦٩) .

(٢) « المدونة » (٤/ ٢٥٠) .

والثالثة : أن يسمي في إحداهما دون الأخرى ، ولا خلاف في الصورة **الأولى** أنه إن حصل الدخول يكون لكل واحدة صداق مثلها بالغاً ما بلغ .

وأما الصورة الثانية :- أعني : إذا سمي لكل واحدة منهما - فقال ابن عبد السلام : المشهور أن لكل واحدة الأكثر من صداق المثل أو المسمى ، وقيل : صداق المثل مطلقاً .

ولابن لبابة : إن دخل بها فلكل واحدة الأكثر ، وإن دخل بواحدة فصداق المثل مطلقاً. انتهى .

وتؤوِّل على « المدونة » القولان الأولان ، ومقتضى كلام ابن عبد السلام أن المشهور فيما إذا سمى لهما أن يكون لكل واحدة الأكثر ، وإن لم يدخل إلا بواحدة لجعله الثالث تفصيلاً ، وكلامه في « التنبيهات » يدل على أن ظاهر المذهب فيما إذا لم يدخل إلا بواحدة أن يكون للمدخول بها صداق المثل مطلقاً ؛ لأنه نقل عن ابن القاسم أنه فسر المسألة كذلك في رواية يحيى بن يحيى ، قال : وقال عيسى بن دينار في «المبسوط» خلافه وأن لها الأكثر كما لو لم يدخل بها .

وأما الصورة الثالثة : - أعني : إذا سمى لإحداهما فقط - فإن دخل بالتي لم يسمَّ لها فلها صداق المثل ، وإن دخل بالتي سمى لها فتأول ابن أبي زيد على « المدونة » أن لها الأكثر ، وتأولها ابن لبابة على أن لها صداق المثل مطلقاً ، نقله ابن عبد السلام ، وقال : والضمير في قوله : **(فِيهِمَا)** يحتمل عوده على نكاح المرأتين المسمى لهما ، وهي الصورة الثانية وهو ظاهر التشبيه في قوله : **(كَمَنْ نَكَحَ بِمِائَةٍ دِينَارٍ وخَمْرٍ)** ؛ أي : فكما إذا تزوجها بمائة وخمر يكون لها الأكثر من صداق المثل والمائة كذلك يكون هنا ، وشبهها أيضاً في «المدونة» بما إذا تزوجها بمائة نقداً ، وبمائة إلى موت أو فراق ، ويحتمل أن يعود على الصورتين الأخيرتين ، أعني : إذا سمى لهما أو لإحداهما ، ويكون قوله : **(مَا لَمْ يَنْقُصْ عَمَّا سُمِّيَ لَهُمَا)** ؛ أي : حيث سمى ، ويكون كلام المصنف على هذا دالا على الحكم في التي سمى لها والتي لم يسمَّ لها بالمطابقة ، وعلى الاحتمال الأول يكون دالا على التي لم يسمَّ لها بالالتزام ، والله أعلم .

فرعان :

الأول : الشغار في الأختين والأمتين كالبنتين ، وقد صرح بذلك في أصل « المدونة »

ولعل المصنف اقتصر على البنتين تبعاً للحديث ، وبذكر الأختين يعلم أن الشغار لا يختص بالوليتين المحجورتين .

قال في « تهذيب الطالب » : وذهب بعضهم إلى أن الشغار إنما يكون في من تجبر على النكاح ، وهو غلط .

الثاني : قال أبو عمران في رجلين عقد كل منهما نكاح أخته من صاحبه في مجلس واحد : هو جائز إذا لم يفهم أنه إن لم يزوج أحدهما صاحبه لم يزوجه الآخر .

ومثله لابن لبابة قال : وإن قال : زوجني وأزوجك ، وعقدا على ذلك وسميا صداقاً جاز ، قال : والذي يشبه الشغار : زوجني على أن أزوجك ، أو إن زوجتني زوجتك .

وَفِي كَوْنِه مَنَافِعَ كَخِدْمَتِه مُدَّةً مُعَيَّنَةً ، أَوْ تَعْلِيمِه قرآناً مَنَعَهُ مَالِكٌ وكَرِهَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ ، وأَجَازَهُ أَصْبغُ ، وإِنْ وَقَعَ مَضَى عَلَى الْمَشْهُور ، وعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَيْضاً : إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَ الْمَنَافِعِ شَيْءٌ فُسِخَ قَبْلَ الْبِنَاء ، ووَجَبَ صَدَاقُ مِثْلِهَا بَعْدَهُ ، وإِنْ كَانَ خَدَمَ رَجَعَ بِقِيمَتِهَا ..

تبع في نسبة هذه الأقوال ابن شاس ، ونسب اللَّخْمِيّ لمالك الكراهة ، والمنع لابن قاسم ونسب في « البيان »[(١)] لأصبغ الكراهة ، والظاهر أن لكل واحد قولين ، يؤخذ من كلام المصنف القولان لابن القاسم ؛ لأنه حكى عنه الكراهة ، ثم حكى عنه الفسخ إذا لم يكن مع المنافع شيء ، والفسخ إنما يتصور مع المنع ، واستدل اللَّخْمِيّ للجواز بقضية موسى مع شعيب عليهما السلام التي ذكرها الله تعالى في كتابه : ﴿ **إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ**﴾ [القصص : ٢٧]، وقد استدل بها مالك رحمه الله في « العتبية »[(٢)] على جبر الأب ابنته البكر على النكاح من غير استئمار .

اللَّخْمِيّ بعد نسبته المنع لابن القاسم ، وقال - يعني ابن القاسم - :ما ذكره الله عز وجل في نكاح موسى عليه السلام ، فإن الإسلام على غيره . انتهى .

وهذا مبني على مسألة أصولية ؛ وهي : أن شرع من قبلنا شرع لنا أم لا ؟ واستدل أيضاً للجواز بما رواه مالك وغيره أنه عليه الصلاة والسلام زوج امرأة لرجل بأن يعلمها ما معه من القرآن .

قوله : (**وإِنْ وَقَعَ مَضَى عَلَى الْمَشْهُورِ**) هذا تفريع على ما نسبه لمالك من المنع ، وأما

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/ ٢٦١) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٤/ ٢٦١) .

على الكراهة والجواز فلا يختلف في الإمضاء ، وإنما مضى على المشهور لما فيه من الخلاف وما شهره المصنف ، قال في « الجواهر »(١) : هو قول أكثر الأصحاب ، رواه أصبغ عن ابن القاسم ، وروى عنه يحيى : إذا لم يكن مع المنافع صداق فسخ قبل البناء ، وثبت بعده ويكون لها صداق مثلها وتسقط الخدمة ، فإن كان خدم رجع عليها بقيمة الخدمة ، وعلى هذا فقوله : (وعَنِ ابْنِ القَاسِمِ) هو مقابل المشهور ، وكذلك قال .

وقول ابن عبد السلام : أن الإمضاء دليل على أن المشهور في حكم ابتداء الكراهة،ليس بظاهر؛ لجواز أن يكون الحكم ابتداء المنع ، وكم من مسألة الحكم فيها ابتداء المنع إذا وقعت صحت ، وهذا هو الظاهر من كلام المصنف ؛ لأنه إنما نسب المنع لمالك فكيف يكون المشهور خلاف قوله .

ولم يذكر المصنف تمام قول ابن القاسم ، وهو : (إذا كان مع المنافع شيء) إلا أن يقال : استغنى عن ذلك بالمفهوم ، وهو أنه إذا كان معه ربع دينار جاز النكاح ، لكن قال في « البيان » : تفرقة ابن القاسم فيه بين أن يكون معها شيء أم لا ، على وجهين :

أحدهما : إن كان معه نقد جاز ولم يفسخ ، وإن لم يكن معه نقد فسخ قبل البناء ،ثبت بعده ، وكان فيه صداق المثل .

والثاني : إن لم يكن معه نقد فسخ قبل الدخول ومضى بعده وكان فيه صداق المثل وإن كان معه نقد فسخ قبل الدخول ومضى بعده المسمى من النقد .

وَعَنْهُ فِي إِحْجَاجِهَا كَذَلِكَ ، وأَنْكَرَهُ الْعُلَمَاءُ لأَن فِيهِ نَفَقَةً وكِرَاء فَهُوَ كَصَدَاقِ مِثْلِهَا ...

الضمير في (وَعَنْهُ) عائد على ابن القاسم ، قال في « الجواهر »(٢) : وروى عنه يحيى أيضاً في نكاحها على إحجاجها أنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ، ويجب صداق المثل إلا أن يكون مع الحجة غيرها فيجوز .

ابن حبيب : وليس يعجبني ولا رأيت أصبغ ولا غيره من أصحاب مالك يعجبهم ، ورأيتهم مراراً يرونه جائزاً ؛ لأن ذلك يرجع إلى حجة مثلها في النفقة والكراء والمصلحة ، مثل نكاح المرأة على شورة مثلها وعلى صداق مثلها فيجوز ويكون لها الوسط . انتهى .

والظاهر: أن نفقة الحج لا تنضبط غالباً لاختلاف الأزمان والأحوال فكان ذلك غرراً ،

---

(١) « الجواهر » (٢/١٣٩) .

(٢) « الجواهر » (٢/١٤٠) .

وحكى اللَّخْمِيّ في إحجاجها الثلاثة السابقة في المنافع .

ابن القاسم في الرواية السابقة : وإذا بنى بها وكان مع الحجة مسمى كان لها المسمى وقيمة ما ينفق على مثلها من الكراء والنفقة والكسوة وما يتكلف لمثلها في حجها ، قال : وقد قال مالك في التى يكون صداقها شيئاً معلوماً والحج فتموت قبل أن يحج بها بعد البناء: أنه يعطي ورثتها ما كان ينفق على مثلها في حجها ، قال : وأنا لا أرى إلا أن يحمل لهم مثلها إلا أن يتراضى الزوج والورثة على أمر يجوز بينهم إن كان الكراء لازماً للزوجين ، وقاعدة المذهب أن الكراء لا ينفسخ بموت أحد المستأجرين فليس على الزوج إلا الحملان ، ولما ذكرناه من الفروع ، ولو قالت المرأة ابتداء : أن لا أحج فأعطني ما كنت تنفقه عليَّ ، ولم يكن لها ذلك ، وكذلك لو أراد أن يعطيها نفقة مثلها ويبرأ من حملها لم يكن له ذلك .

وقول ابن القاسم مبني على المنع دون النكاح بالإجارة ؛ لأن حكمه بالفسخ إذا لم يكن مع الحج شيء إنما يحسن على ذلك ولا يحسن على الكراهة ، وزعم ابن عبد السلام أن الإنكار إنما يحسن على القول بالكراهة ، وأما على المنع فلا ، وفيه نظر لما ذكرنا .

فرعان :

الأول : اختلف في بنائها قبل أن يحجها ، فمنعه ابن القاسم إلا أن يقدم ربع دينار ، وقال أشهب : له أن يبني بها ويجبرها على البناء ؛ لأنه قال : ذلك بمنزلة من تزوج بمائة دينار إلى سنة فله أن يبني بها ، يريد : ويجبرها على البناء ،وإذا أتى أوان الحج حج بها إلا أن يأتي أوان الحج قبل البناء فلا يكون له البناء حتى يحجها .

الثاني : قال في « البيان »[1]: لا خلاف في منع النكاح بالجعل ؛ لأن الجعل لا يلزم المجهول له ، وله أن يتركه متى شاء فالنكاح به نكاح فيه خيار .

وَكَرِهَ مَالِكٌ الْمُؤَجَّلَ وَقَالَ : إِنَّمَا الصَّدَاقُ فِيمَا مَضَى نَاجِزٌ كُلُّهُ ، فَإِنْ وَقَعَ شَيْءٌ مِنْهُ مُؤَخَّراً فَلا أُحِبُّ طُولَهُ ، وقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : يُفْسَخُ إِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ عِشْرِينَ سَنَةً ثُمَّ رَجَعَ إِلَى أَرْبَعِينَ، ثُمَّ قَالَ : خَمْسِينَ وسِتِّينَ ...

ظاهر كلام مالك: كراهة الأجل مطلقا ، وقد صرح في « المدونة »[2] بكراهة الأجل في بعض الصداق ولو إلى سنة ، ووجهه ما ذكره من مخالفة أنكحة الماضين ، وأيضاً فلئلا

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/ ٤٢٤) .

(٢) « المدونة » (٤/ ٢٤٠) .

يتذرع الناس إلى النكاح بغير صداق ، ويظهرون أن هناك صداقاً ثم تسقطه المرأة ، وأخذه الباجي من حديث : « **زوجتكها بما معك من القرآن** »[1] بعد أن سأله : « **هل تجد شيئاً** »، وبالغ معه في ذلك حتى قال له : « **التمس ولو خاتماً من حديد** » فقال : هذا يقتضي أن حكم الصداق التعجيل ، وإلا كان زوجها له بشيء مؤخر ، وعن أَشْهَب جواز الأجل فيه إلى اثني عشر عاماً وكذلك زوج ابنته ، وعن ابن القاسم إجازة الأربعة ، وابن وهب الخمسة ، وأصبغ العشرين .

ابن عبد السلام : وقيل بجواز العام وكراهة ما فوقه .

ابن عبد السلام : ولا خلاف أنه لا يفسخ في العشرين .

خليل : وفيه نظر فقد حكى ابن حارث وغيره عن ابن وهب أنه قال : يفسخ النكاح إذا جاوز العشرة ، وقاله ابن القاسم ثم رجع إلى ما نقله المصنف عنه .

اللخمي : ولو زاد على الستين فسخ على كل حال .

ابن عبد السلام : وحكي عن ابن القاسم أيضاً : لا يفسخ إلا إلى السبعين والثمانين .

وَأَمَّا الْمُؤَجَّلُ أَوْ بَعْضُهُ إِلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ منْ مَوْتٍ أَوْ فِرَاقٍ وشِبْهِهِ فَفَاسِدٌ ، وقَالَ أَصْبَغُ : إِلا أَنْ تَقْتَصِرَ عَلَى الْمُعَجَّلِ ، أَوْ يُعَجَّلُ الْمُؤَجَّلُ ...

قوله : (**أَوْ بَعْضُهُ**) يعني : لا فرق بين جميع الصداق أو بعضه ، والفساد هو مذهب «المدونة » والمشهور ، ووجهه بين للضرر .

قال شيخنا : ويقوم منها منع من يشتري سلعة إلى الميسرة كقول بعض الفقراء : إلى أن يفتح الله في الثمن ، وهذا إذا صرح بذلك ابتداء ، وأما إن اشتراها ولم يذكر ذلك ابتداء فهو جائز ، وهو محمول على الحلول ، وقول أصبغ بين التصور .

فَإِنْ بَنَى فَقَالَ مَالكٌ: لهَا صَدَاقُ مِثْلِهَا مُعَجَّلٌ كُلُّهُ وإِنْ زَادَ عَلَيْهِمَا ولا يَنْقُصُ عَنِ الْمُعَجَّلِ، وعَنْهُ: قِيمَةُ الْمُؤَجَّلِ، وقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: كَمَا لا يَنْقُصُ عَنِ الْمُعَجَّلِ لا يُزَادُ عَلَيْهِمَا

مثاله : لو تزوجها بمائة معجلة وبمائة إلى موت أو فراق ، فإن اطلَع على ذلك قبل البناء فسخ ولم يكن لها شيء ، وإن بنى فقال مالك :إنما لها صداق مثلها ؛ لأنه صداق فاسد ، وإنما جعلاه معجلاً ؛ لأن الأصل في الصداق التعجيل ، والضمير في عليها عائد على

---

(١) أخرجه البخاري (٤٧٤١) ومسلم (١٤٢٥) من حديث سهل بن سعد – رضي الله عنه-.

المعجل والمؤجل ، فلو كان صداق مثلها في المثال المفروض ثلاثمائة أخذتها ، فلو كان مائة وخمسين أخذتها ، فإن نقص عن المائة لم تنقص منها ؛ لأن من حجة الزوجة أن تقول له: أنت رضيت بها مع مائة أخرى ، فلأن ترضى بها مفردة من باب الأولى .

(وَعَنْهُ) أي : وعن مالك أنه يلزمه قيمة المائة المؤجلة إلى الأجل المجهول ، فتكون تلك القيمة مع المعجل صداقها ، وهذا القول إنما ذكره في « المدونة » في جميع الصداق المؤجل بأجل مجهول ، لكن لا فرق وحكى اللَّخْمِيّ قولاً آخر أنه ينظر إلى قيمتها من المائة المعجلة، فإن كانت ثلثها أخذ المائة المعجلة وثلث صداق المثل .

وقوله : **(وقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : كَمَا لا يَنْقُصُ عَنِ الْمُعَجَّلِ لا يُزَادُ عَلَيْهِمَا)** ؛ أي : عن المعجل والمؤجل ، ووجهه ظاهر ؛ لأنه إذا زاد عليهما فمن حجة الزوج أن يقول : أنت رضيت بمائة معجلة ومائة إلى موت أو فراق ، فلا ترضى بهما معجلتين من باب الأولى ، وحكى في « البيان »[1] قولاً آخر : أن لها صداق المثل وإن كان أقل من مائة أو أكثر من مائتين ، قال : وهو ظاهر قول أصبغ وأبي زيد .

فَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا تَأْجِيلٌ مَعْلُومٌ قَدْرَ صَدَاقِ الْمِثْلِ بِهِ ثُمَّ يَأْتِي الْقَوْلانِ فِي الزيادَةِ عَلَى الْجَمِيعِ

كما لو تزوجها بثلاثمائة معجلة ومائة إلى سنة ومائة إلى موت أو فراق .

وقوله : **(قَدْرَ صَدَاقَ الْمِثْلِ بِهِ)** أي بالمؤجل إلى الأجل المعلوم ، وكذا فسر المسألة أبو سعيد ابن أخي هشام ، فلا ينقص صداق مثلها عن المائة المعجلة والمائة المؤجلة إلى سنة إن نقص عنهما ، ويختلف إذا زاد على الثلاثمائة ، فعلى قول مالك يكون لها الزائد ، وبه قال مطرف وابن الماجشون ، وعلى قول ابن القاسم يسقط وبه قال محمد ، وهو معنى قوله : **(ثُمَّ يَأْتِي الْقَوْلانِ)** أي : قولي مالك وابن القاسم في الزيادة على الجميع على الثلاثمائة ، أما إن زاد صداقها على المائة المعجلة والمائة المؤجلة إلى سنة فلها الزائد حالاً مع المائة الحالة وتبقى المائة إلى أجلها .

وَقَوْلُ مَالِكٍ : يَجُوزُ إِلَى الدُّخُولِ؛ لأَنَّهُ مَعْلُومٌ عِنْدَهُمْ

هذا جواب سؤال مقدر ، فإنه لما قدم أن الأجل المجهول لا يجوز ، وكان ظاهر قول مالك هذا يخالفه أجاب عنه أن مالكاً إنما أجازه ؛ لأنه رآه إلى أجل معين لأن الدخول

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/ ٤٢٥) .

معلوم عندهم ، وقد نص مالك على هذا الجواب في رواية يحيى وهو الظاهر هنا ، لا ما أجاب به ابن المواز من أن ذلك يرجع إلى الحال ؛ لأن الدخول بيد المرأة متى شاءت لأن ذلك جواب عن مالك بما نص مالك على خلافه ، من أن كلاً من الزوجين إذا دعا الآخر إلى الدخول بإثر العقد وأبى الآخر أنه يحكم لمن طلب التأخير ويؤخر القدر الذي يقوله أهل العرف بما لا مضرة فيه على واحد منهما ، نعم وقع في الرواية في الحالف بطلاق زوجته : ليدخلن ليلة كذا بها ، والليلة تأتي قبل الأجل الذي قدره أهل العرف ، أنه يقضى له ولا يحنث ارتكاباً لأخف الضررين .

وفي سماع عيسى: أن الدخول مجهول ، فلا يكون أجلاً للكافي ، وقاله أبو زيد وأصبغ ، ويفسخ النكاح عندهما قبل البناء وهو خلاف قول مالك .

وَقَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ إِلَى أَنْ تَطْلُبَهُ أَوْ إِلَى مَيْسَرَتِه إِذَا كَانَ مَلِيًا لأَنَّهُ رَآهُ حَالاً ، وخُولِفَ

هو أيضاً جواب على سؤال مقدم وتصوره ظاهر ، والذي خالفه ابن الماجشون وأصبغ وابن حبيب ورأوا أنه لا فرق بين المؤجل المؤخر إلى موت أو فراق ، وبين المؤخر إلى أن تطلبه الزوجة أو إلى اليساروبفكر على الجواب الذي ذكره المصنف عن ابن القاسم ما نص عليه ابن القاسم في « العتبية »[1] من أنه يؤخر بقدر ما يرى من التوسعة عليه .

وقوله : **(إِلَى مَيْسَرَتِه)** يريد : وهو موسر وهو معنى قوله : **(إِذَا كَانَ مَلِيًا)** وكذلك صرح به ابن القاسم في « العتبية » قال : وإن كان يومئذٍ معدما فسخ ما لم يبن فيثبت بصداق المثل .

ابن عبد السلام : ولا خلاف في ذلك .

وَمَتَى أُطْلِقَ فَمُعَجَّلٌ

لأن الأصل التعجيل .

فرع :

واختلف إذا لم يؤرخ أجل الكلام ، فقال المتيطي : المشهور من مذهب مالك وأصحابه وعليه العمل والحكم أنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل ، وقال ابن وهب : لا يفسخ قبل البناء ويعجل المؤخر إلى موت أو فراق وهو قول الليث ، وقال أصبغ : يخير الزوج ، فإنه عجله أو رضيت الزوجة بإسقاطه صح النكاح وإلا فسخ ، ويجوز في

---

(١) « البيان والتحصيل » (٥/٢٨) .

الأجل أن يقدر بما يؤجله الناس ، سئل ابن زرب عمن نكح بنقد معلوم وكالأ إلى ما يكفي الناس ، فقال : لا يجوز ؛ لأن الناس يختلفون في التأجيل .

وذكر ابن الهندي عن بعض معاصريه: أنه لا يفسخ قبل البناء ويجعل أجله على ما مضى عليه الناس في الكالئ ،فإن اختلف الأجل ضُرب له أجل وسط .

وَلَوْ أَصْدَقَهَا عَبْداً يُسَاوِي أَلفَيْنِ عَلَى أَنْ تَرُدَّ لَهُ أَلْفاً فَبَعْضُ الْعَبْدِ مَبِيعٌ ، وبَعْضُهُ صَدَاقٌ مَنَعَهُ فِي «المُدَوَّنَة» ، وأَجَازَهُ عَبْدُ الْمَلك إِذَا تَحقَّقَ بَقَاءُ رُبُعِ دِينَارٍ وأَجَازَهُ أَشْهَب مُطْلَقاً كَالسِّلْعَتَيْنِ، وقَيلَ : يَجُوزُ إِنْ فَضَلَ فَضْلٌ ...

المنع مذهب « المدونة » كما ذكر وهو المشهور ، وعليه فيفسخ قبل البناء وإن دخل كان لها صداق المثل .

ابن القاسم في « العتبية »[1] : وترد السلعة إلا أن تفوت بحوالة سوق فأغلى مما يفوت به البيع الفاسد فيلزمها قيمتها يوم قبضها .

قوله :(**وأَجَازَهُ عَبْدُ الْمَلك إِذَا تَحَقَّقَ بَقَاءُ رُبُعِ دينَارها**) كذا حكى عنه اللَّخْميّ وعياض، وحكى عنه أيضاً في النكاح الثالث من « البيان »[2] قولاً آخر : أنه لا يكتفي بفضل ربع دينار بل الفضل الكثير ، وهذا هو الذي حكاه المصنف في كلامه آخرا بقوله : (**وَقيلَ : يَجُوزُ إِنْ فَضَلَ**) ، وبه تعلم أن ما وقع في بعض النسخ (فصل) بالصاد المهملة من التفصيل ليس بجيد .

قوله : (**وأَجَازَهُ أَشْهَب مُطْلَقاً كَالسِّلْعَتَيْنِ**) ، كما لو أعطاها سلعة في صداقها وباعها أخرى ، ووجه قوله أنه لم يأتِ في منع البيع والنكاح قرآن ، ولا حديث فالأصل الجواز .

وقال ابن عبد السلام : قول أَشْهَب بأن يكون ما أعطاه الزوج يساوي نصف دينار فأكثر، أما إذا كان يساوي ربع دينار وزيادة يسيرة فلا يمكن أَشْهَب أن يقول بالجواز ، لكن المثال الذي ذكره المصنف لا يحتاج إلى هذا التقييد ؛ لأنه فرض المسألة أن العبد يساوي ألفين ، ولهذا كان قول ابن الماجشون وما بعده خارجاً عن فرض المسألة .

وجرت عادة الشيوخ هنا بتكثير الأمثلة ، فيقولون : إن كان العبد يساوي ألفاً جاز عند

---

(١) « البيان والتحصيل » (٢٩٣/٥) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٢٩٣/٥) .

أَشْهَب فـقط ، وإن كان يساوي ألفـاً وربع دينار جاز قول أَشْـهَب ومطرف ، لكن المصنف رحمه الله قد يأتي بأقوال أعمّ من فرض المسألة للاختصار .

قـيل : وإنما يقضى على قول أَشْهَب على النكاح وما أعطتـه المرأة إذا كان المدفوع مقارباً لهما جمـيعاً ، وأما إن كان أكثر منهـما جميعاً بكثيـر ، فيحمل على أن الزوج زادها ذلك رغبة في نكاحها ، وكذلك إن كان أقل منهما بكثـير ، حمل على أن المرأة نقصته لرغباتها في نكاحه .

قال في « البيان »[1] : وهو معنى حسن لو ساعده ظاهر اللفظ .

واختلف في تعليل المشهور ، فقال أصـبغ : حماية من النكاح بغير صداق ؛ لأن بعض النساء ترضى أن تتزوج الرجل على أن تعطيه .

وقـيل : لأنه عقد جمع بين مـتضادين ؛ لأن البيع مبني على المكايسة وتجوز فـيه الهبة بخلاف النكاح فلذلك فسد .

وقيل : للجهل بما ينوب النكاح وهو تعليل ابن الكاتب ، ولهـذا قال : لو قوم المدفوع قبل العقد ، فأحـسبهم لا يختلفون في جوازه ؛ لأنه يصير للبـضع شيء معلوم ، كما لو تزوج امرأتين في عقد واحد وسمى لكل واحدة صداقها .

فرع :

إذا أعطت المرأة الرجل شيئاً ليتزوجها به ، فإن كانت ثيباً وزادها ربع دينار جاز النكاح، لأنها مـالكة لنفسهـا ، وإن زادها أقل أو لم يزدها شيئاً كـان بمنزلة من تزوج بأقل من ربع دينار أو بلا شيء وقد تقـدم حكمه ، وأما البكر فلا تجوز عطيـتها ؛ لأنها مـولًّى عليها ، واختلف قول ابن القاسم في الذي يلزم الزوج سواء زادها أم لا ، فمرة قال : النكاح ثابت لا خيار له فـيه دخل أو لم يدخل ، ويؤخذ منه قدر مـا كان أصدقها وإليـها رجع ، ومرة قال: إن كـان قبل الدخول كـان مخيراً فـي إعطائها ذلك أو فسخ النكاح ، وإن كـان بعد الدخول كان لها صداق مثلها .

وَكَذَلِكَ بِأَلْفٍ عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ الأَبُ دَاراً

أي : في كونه ممنوعاً لاجتماع النكاح والبيع ،ويفسخ أيضاً ، قال في « الجواهر »[2] :

---

(١) « البيان والتحصيل » (٥/ ٢٩٤) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٤٧٧) .

وهو من باب جمع الرجلين سلعتيهما ، وسيأتي بيان الخلاف في ذلك إن شاء الله تعالى.

وما ذكره المصنف هو نص كلام ابن القاسم في « العتبية » ولا يريد أن الأب يأخذ عوض الدار بل قرروا أن الأب وهب تلك الدار لابنته ثم باع الدار وزوج الابنة في عقد واحد ، ووجه الشبه بين هذه المسألة والتي قبلها ظاهر ؛ لأن الزوج كما خرج منه في الأولى عبد في مقابلة البضع وألف ، كذلك خرج منه هاهنا ألف في مقابلة بضع ودار ، أما لو تزوجها على غير صداق مسمى بأن يتزوجها تفويضاً على أن أعطاه الأب داراً لصح النكاح وفرق بينهما .

ابن محرز : بأن الدار هاهنا هبة خالية عن العوض ، وفي المسألة الأولى كانت مقابلة لبعض الصداق .

وَإِذَا جَعَلَ رَقَبَةَ الْعَبْدِ صَدَاقاً لِزَوْجَتِه فَسَدَ مُطْلَقًا لأَنَّ إِثْبَاتَهُ يَرْفَعُهُ بِخِلافِ الْخَمْرِ ...

يعني : إذا زوج الرجل عبده امرأة وجعل صداقها رقبته فسد مطلقاً ؛ أي : قبل الدخول وبعده ؛ لأن إثبات النكاح يوجب كون الصداق الذي هو العبد ملكاً للزوجة ، وثبوت ملكها له يرفع النكاح ؛ لما تقدم أن النكاح والملك لا يجتمعان ، وهذا معنى قوله : **(لأَنَّ إِثْبَاتَهُ يَرْفَعُهُ)** .

وقوله : **(بِخِلافِ الْخَمْرِ)** ؛ أي فإن النكاح يثبت بعد البناء .

وَفِيهَا : وإِذَا زَوَّجَ أَمَتَهُ عَلَى أَنَّ مَا وَلَدَتْ حُرٌّ لَمْ يُقَرَّ ، ولَهَا الْمُسَمَّى بِالدُّخُولِ ، وقِيلَ : الأَصَحُّ صَدَاقُ الْمِثْلِ ...

أي : يفسخ قبل البناء وبعده ، ونقل في «البيان» الاتفاق على ذلك ، قال : ولا يبعد دخول الخلاف فإنه يفسخ قبل البناء فقط ؛ لأنه فسد لشرط فيه . انتهى .

ولعله إنما لم يقر ؛ لأنه بيع الأجنة بزيادة في الصداق ، كذلك يشكل مذهب « المدونة» في إيجاب المسمى .

المتيطي : لأن مقصود الزواج لم يحصل ولم يرض بدفع ذلك القدر إلا على استدامة النكاح ، فإذا لم يوف له ذلك وفسخ النكاح وجب أن ينقص الزوج بقدر ما فاته .

وقوله : **(وقِيلَ : الأَصَحُّ صَدَاقُ الْمِثْلِ)** ، هذا القول حكاه ابن يونس ، وقال : إنه الأقرب ، وكذلك قال ابن بشير : إنه الأقيس .

خـليـل : وفيه نظر ؛لأن صداق المثل قد يكون أكـثر من المسمى ، فالذي يظهر هنا أن يكون لها الأقل من المسمى وصـداق المثل ، وهل هذا الإشكال هو الذي أوجب عدم جزم المصنف بأن الأصح صداق المثل ولم يتعـرض المصنف الولد ، ونص في « المدونة » وغيرها على أنه حر بالشرط وولاؤه لسيده ولا قيمة على الزوج فيه .

فرع :

فإن استحقت أخـذها المستحق وولدها ورد عتقه ؛ لأن العتق فيـه إنما كان من السيد لا من الأب ، قاله ابن القاسم في « العتبية » وليس للأب أن يعطي السيد القيمة إلا برضاه ، ولا للسيد أن يلزم الأب ذلك بخلاف الأمة الغارة ، والفرق :أنه هنا شرط حرية الولد غير مالك الـرقبة ، ومـتزوج الغـارة أنها تزوج حـرة في ظنه وأن ولده منها حـر من أصله ، فوجب أن يكون حرا وبذلك قضى عمرُ .

فرعان :

الأول : لو زوج أمته على أن أول ولد تلده حر ، ففي سـماع عيسى ويحيى: أنه يفسخ مطلقاً كالأول ، وقال ابن الماجشون : إذا لم يعـثر على ذلك حتى ولدت فلا يفسخ ؛ لأن الشرط قد ذهب ، قال في « البيان »[1]: وقوله يأتي على رواية ابن القاسم عن مالك في « المدونة »[2] في نكاح المريض والمريضة أنهما إذا صح قبل الفسخ ثبت النكاح لذهاب علة الفسخ .

الثاني : إذا زوج عبده من أمة غيره على أن ما تلده يكون بينهما ، فروى ابن المواز: أنه يفسخ مطلقـاً ، قال : والولد لسيد الأمة ، وحكـى أبو الفرج: أن الولد بينهما ولهـا مهر المثل بالمسيس ، فإن كان أكثر من المســمى فقال بعض القرويين : لا يزاد على المسمى على رواية محـمد ؛ لأن الزوج زاد في مـهرها على شـرط لم يحصل له ، وعلى مـا قاله أبو الفرج يكون له الزائد لحصول غرضه .

وَإِذَا شَرَطَ مَا يُنَاقِضُ مُقْـتَضَى الْعَقْدِ مِثْلَ : أَنْ لا يَقسِمَ لَهَا ، أَوْ يُـؤْثِرَ عَلَيْهَا، فَكَالصَّدَاقِ الْفَـاسِدِ، ومـا لا يُنَاقِضُـهُ يُلْغَى ، فَإِنْ كَـانَ لَهَا فِـيهِ غَـرَضٌ مِثْلَ : أَنْ لا يَتَـزَوَّجَ عَلَيْـهَا ، ولا

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/٤٦٨) .

(٢) « المدونة » (٤/٢٤٦) .

يَتَسَرَّى، أَوْ لا يُخْرِجُهَا مِنْ بَلَد أَوْ بَيْت فَـمَكْرُوهٌ، قَالَ مَالِكٌ: لَقَدْ أَشَـرْتُ عَلَى الْقَاضِي أَنْ يَنْهَى النَّاسَ عَنْ ذَلِكَ، ولَيْسَ بِلاَزِم ...

حاصله: أن الشروط في النكاح على ثلاثة أقسام :

الأول: ما يناقض مقتضاه مثل ألا يقسم لها أو يؤثر عليها أو لا نفقة أو لا ميراث لها فكالصداق الفاسد ؛ أي: يفسخ قبل البناء ويثبت بعده على المشهور ، وهكذا قال في «الجواهر»[1] .

ابن عبد السلام: ونقل بعضهم الاتفاق على ذلك وأشار إليه ، ونقل ابن القاسم فيما إذا تزوج على أن لا نفقة أو لا ميراث أنه يفسخ بعد البناء ، وحكى اللَّخْمِيّ فيها وفي نكاح النهارية ، أو على أن يؤثرها على غيرها ، أو لا يعطيها الولد ، أو على أن أمرها بيدها ، بعد أن ذكر أن هذه الشروط لا يصح الوفاء بها ثلاثة أقوال فقيل: يفسخ قبل البناء فقط ، وقيل: يفسخ قبله وبعده .

ابن زياد: إن تزوجت على أن لا ميراث لها ، أو لا يعطيها الولد ، أو على أن أمرها بيدها ، فعلم بذلك قبل الدخول أو بعده ، قيل للمرأة: أمرك بيدك الآن ، فإن اختارت فراقه كان ذلك لها ، وإن لم تختر فلا شيء لها ويقيمان على نكاحهما ، وإن مسها بعد أن جعل الأمر إليها فلا خيار لها .

اللَّخْمِيّ: وهذا هو أحد الأقوال في الشروط الفاسدة في البيع أن مشترطها بالخيار بين أن يسقطها فيمضى البيع أو يتمسك بها فيفسخ ، وهذا هو المنقول ، وسلك ابن بشير طريقة أخرى فقال : الشرط إن عاد بخلل في العقد فسخ قبل البناء ، وفي فسخه بعد البناء قولان ، وإن عاد بخلل في الصداق فثالثها : يفسخ قبله لا بعده ، وهي حسنة من جهة الفقه إلا أن الأنقال لا تساعده .

القسم الثاني: ما لا يناقضه بل يكون العقد يقتضيه وإن لم يذكر ، كشرط أن ينفق عليها أو يبيت عندها ولا يؤثر عليها ونحو ذلك ، فوجد ذلك وعدمه سيان ، ولا يوقع في العقد خللاً ويحكم به ترك أو ذكر ، وإلى هذا أشار بقوله : وما لا يناقضه يلغى .

القسم الثالث: ما لا تعلق له بالعقد فلا يقتضيه ولا ينفيه ، وللمرأة فيه غرض كشرط

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٤٧٢) .

ألا يتزوج علـيها ، فـذكر المصنف أنه مكروه ملغى ، وقـسَّمـه اللَّخْمِيّ وغيـره على ثلاثة أقسام: جائز ، ومكروه ، ومختلف فيه .

الأول : أن يشترط ألا يضر بهـا في نفسها ولا مالها ولا في نفـقة ولا كسوة وكل ذلك جائز، وداخل في قوله تعالى : ﴿ **وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾ [النساء : ١٩] .

والثـاني : أن يشترط إسقاط ما له أن يفعله دون أن يعلقه بشيء ، مثل ألا يتزوج عليها ولا يتسرى أو لا يخرجهـا من بلدها أو بيتها ، فهذا مكروه لما فيه من التـحجير ، فإن نزل فالنكاح جائز .

مـالك : والشرط باطلٌ ، وله أن يخرجها ويتزوج ويـتسرى ويستحب له الوفاء بذلك ، وقال ابن شهاب : يلزمه ذلك وهو أحـسن لما في «الصحيحين» : « **إن أحق الشـــروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج** » .

والثـــالث : أن يشترط إسـقاط ما له أن يفعله بعتق أو تمـليك أو طلاق ، فاختلف في ذلك، فقـال مالك في « الموازية » : لا يحل الشـرط ابتداء فـإن وقع الدخول رأيتـه جائز النكاح ولزم الشرط ، وقال ابن القاسم في « الموازية » : فيمن تزوج امرأة على أنه إن أضر بها أو شرب خمراً أو غاب عنها فأمرها بيدها فذلك يكره أن يعقد عليه ، فإن وقع الدخول رأيته جائزاً .

اللَّخْـمِيّ : وأجاز ذلك سحنون ابتداء وزوج غلامه أمته ، على أنه إن سرق زيتونة فأمر امرأته بيدها ، وأنكر ابن بشـير على اللَّخْمِيّ وجود هذا القول ، وقـال : فعل سحنون لا يدل على أن مذهبه الجواز ؛ لأنه قد يستخـف مثل هذا للضرورة ، وأيضاً فإن فعل أحد لا يدل على الجواز إلا من وجـبت له العصـمة وفيـه نظر ؛ لأن العلماء لم تزل تسـتدل على مذاهب العلماء بأفـعالهم لا سيما مثل سحنون الذي هو أشـد الناس ورعاً ، بل فعل أهل الورع أقوى في الجواز من قولهم ؛ لأنه يفتي الغـير بالجواز ويتورع هو من فعله ، وقوله : إن فعل أحد ،لا يدل عـلى الجواز ، إن أراد أنه لا يكون حجة فـصحيح ، وإن أراد أنه لا يدل على أن مذهبه الجواز فممنوع لما ذكرنا .

وقول المصنف في القسم الثالث : (**مَكْرُوه**) سبب الكراهة فيه واضح ؛ لأن فيه تفويت غرض المرأة ، ولهذا قال ابن شهاب وغيره بلزوم الشرط هنا .

وقوله : (وقَالَ مَالكٌ . . . إلخ) هذا مختصر من « العتبية »[1] ونصها : أشرت على القاضي منذ دهر أن ينهى الناس ألا يتزوجوا على الشروط وألا يزوجوا إلا على دين الرجل وأمانته ، وأنه كتب بذلك كتاباً وصيح به في الأسواق .

ولمالك في «العتبية» أيضاً : لا ينبغي لأحد أن يشهد كتاباً فيه شروط بحرية أو طلاق أو مشي إلى مكة، ونص ابن شعبان على معاقبة الشاهد في نكاح فيه شروط من ترك نكاح غيرها أو طلاق أخرى .

سحنون : ولا ينبغي للموثق أن يكتب أن الداخلة طالق ثلاثاً ، ولا ينبغي لأحد أن يكتب شهادته فيه وكان يستحق فالداخلة طالق واحدة .

فَإِنْ وَضَعَتْ لَهُ شَيْئاً مُعَيَّنا مِنْ صَدَاقِهَا بَعْدَ الْعَقْدِ رَجَعَتْ بِهِ إِنْ خَالَفَ ، وإِنْ خَفَّفَتْ قَبْلَهُ ولَمْ تُعَيِّنْ لَمْ تَرْجِعْ ، وقِيلَ : تَرْجِعُ إِنْ كَانَ نَقَصَ مِنْ صَدَاقِ الْمِثْلِ ، وإِنْ عَيَّنَتْ فَقَوْلَانِ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ عَلَى يَمِينٍ عَلَيْهِ لَمْ تَرْجِعْ فِي الْجَمِيعِ ....

حاصله : أنها إن وضعت شيئاً من صداقها على ألا يتزوج عليها أو لا يتسرى ونحو ذلك وفرعنا على قول مالك بعدم اللزوم فتزوج ، فإن كان الشرط معلقاً بطلاق أو عتق أو تمليك فليس لها رجوع للزوم الطّلاق والعتق ، وإلى هذا أشار بقوله آخر المسألة : (**فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ عَلَى يَمِينٍ عَلَيْهِ لَمْ تَرْجِعْ فِي الْجَمِيعِ**) أي في جميع الصور سواء كان ذلك بعد العقد أو قبله ، وإن لم يكن معلقاً بيمين فثلاث صور :

الأولى : أن تضع له شيئاً معيناً من صداقها بعد العقد ، كما إذا كان صداقها ألفا فوضعت منه شيئاً ، إما عدداً أو جزءاً فإنها ترجع إن خالف ، وهذا معنى قوله : (**فَإِنْ وَضَعَتْ لَهُ شَيْئاً مُعَيَّنا مِنْ صَدَاقِهَا بَعْدَ الْعَقْدِ رَجَعَتْ بِهِ**) يريد : أو أعطته شيئاً من مالها ، وإنما ذكر الصداق ؛ لأنه قد يتوهم أن أمره خفيف ، فنبه ـ رحمه الله ـ بالأخف على الأشد وكلام المصنف في هذه الصورة قريب من كلامه في «المدونة» ، وذلك يدل على أن ذلك عقد جائز ، ومنعه في «السليمانية» وكتب المدنيين ؛ لأن له أن يوفّي وألا يوفّي ، فصار ما تعطيه تارة ثمناً وتارة سلفاً ، ووجه الأول أنهما دخلا على الوفاء بالشرط وإن خالف بعد ذلك فأمر طارئ .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٩/ ٣١١) .

الصورة الثانية : أن تخفف قبل العقد ولم تعين ، بل قالت له : أتزوجك مثلاً بألف ، وعلم أن صداق مثلهـا ألفان ، فالمشهور: أنها لا ترجع ، وبه أخـذ أصبغ وغيره ، وحكى في « الجـواهر »[1] ثلاثة أقوال : الأول : ترجع بما تركـته ، وفي «الكتاب» : لا ترجع، وقال علي بن زياد : ترجع إن كـان ما وضعتـه من صداق المثل دون أن يكون من الزائد ، رواه ابن نافع ، وعلى الرجوع بتمـام صداق المثل ، فلو تنازعا فالقول قـولها : أنها تركت لأجل الشـرط ، وكأن المصنف أسـقط القـول بالرجوع مطلـقاً ؛ لما قـاله ابن بشيـر : أن الأشياخ ردوه إلى الثالث .

الصورة الثالثة : أن تضع بعد التعيين وقبل العقد ، مثاله : لو تقرر أن صداقها ألف ثم قالت له : أنا أسقطت عنك مائتين على ألا تتزوج عليَّ ، فـالمشهور أيضاً أنها لا ترجع ، ومقابله رواه أَشْهَب عن مالك : أنها ترجع بما وضعت ، وصوبه ابن يونس .

ابن عبد السلام : وحكى غير واحد أنها ترجع بالأقل مما نقصت ومن تمام صداق المثل .

ففي المسألة على هذا ثلاثة أقـوال ، وظاهر كلام المصنف وكلام غيره فيـما إذا وضعت بعد العقد : أنها تخرج عليه سواء خالف عن قرب أو بعد تحقيقاً للوضعية ، وقاله ابن عبد السلام .

وأشار ابن عبد السـلام إلى أنه ينبغي أن يفرق في ذلك بين القرب والبعد ، كـما فرقوا إذا أراد طلاقها فـوضعت من صداقهـا أو سألها الحطيطة ، فقـالت : أخاف أن تطلقني ، فقال : لا أفعل ، فخففت ثم طلقها ، أو أعطت زوجها مالاً على أن يطلق ضرتها فيطلقها ثم يريد مراجـعتها ، وكمـا قالوا : إذا سأل البائع المـشتري الإقالة ، وقال المـشتري : إنما مرادك البـيع لغيري لأجل إن اشتـريتها برخص ، فـيقول له البـائع : متى بعتهـا فهي لك بالثمن الأول ، أنه إن باع عقيب الإقالة أو قريباً منهـا فللمبتاع شرطه ، فإن باع بعد الطول أو بحدوث سبب اقتضاه فالبـيع ماضٍ ، والكلام على الشروط متسع ، انظر « المتيطية » ، واقتصرنا على ما ذكره المصنف تبعاً له .

أَمَّا لَوْ أَصْدَقَهَا أَلْفاً عَلَى أَنَّهُ إِنْ كَانَتْ لَهُ امْرَأَةٌ أُخْرَى فَأَلْفَانِ فَصَدَاقٌ فَاسِدٌ ...

لأنه لا ندرى حين العقد ما يصح لها فصار صداقها مجهولاً .

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٤٧٥) .

وإِذَا قَالَ : زَوِّجْنِي بِـأَلْف، فَزَوَّجَهُ بِأَلْفَيْنِ ولَمْ يَعْلَمْ وَاحِدٌ بِالتَّـعَدِّي قَـبْلَهُ فَإِنْ كَـانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَإِنْ رَضِيَتْ بِأَلْفٍ أَوْ رَضِيَ بِأَلْفَيْنِ لَزِمَ ، وإِنْ لَمْ يَرْضَيَا لَمْ يَلْزَمْ ...

هذه المسـألة في النـكاح الأول من « المدونة »[1] وأكثـر الناس الكلام عليهـا ، وذكر المصنف منها جملة صـالحة ، ومعنى كلامه : إذا وكّل رجلاً على أن يزوجـه بألف فزوجه بألفين ولم يعلم واحـد من الزوجين بالتـعدي قـبل العقـد ، وعلم بذلك قبل الدخـول ، وقـامت على التوكـيل بالألف بينة وعلى التـزويج بالألفين بينة ، أو حـصل التصـادق في ذلك، أو قامت البـينة على أحد الأمرين وحصل التـصادق في الآخر ، فالحكم كـما قاله المصنف : إن رضيت المرأة بألف أو رضي الزوج بـألفين لزم النكاح ، وإن لم يرضَ واحد منهما بقول الآخر فسخ النكاح ، قال في « المدونة »[2] : بطلاق .

ابن يونس[3] : وقال المغيرة : بغير طلاق.

ابن القـاسم : وسواء في ذلك قال له : زوجني فـلانة ، أو قال : زوجني ، ولم يقل فلانة .

ابن عـبد السـلام : وعدم التفرقـة في المرأة بين أن تكون معينة أم لا هو ظاهر المذهب. وقال أصـبغ : إذا لم يعين الزوج ينبغي أن يكون القـول قول الأم إذا أشبـه ودخل ؛ لأنها فرطت ، وإذا عين له امرأة ولا يشبه ما قال أن يكون صـداقها فالقول قول الرسول ، هكذا نقل التونسي عنه واختاره .

قال ابن عبد السلام : وإن كان لفظه هكذا فليس فيه كبير مخالفة للمشهور ، قيل : وإن أقر الوكـيل هنا بالتعـدي - يعني : قبل الدخـول - لزمته الألف الثـانية ، وفـيه نظر من وجهين :

أحدهما : أنه لم يفوت بتعديته شيئاً فلا يضمن .

والثاني : أنه لو ضمن بالإقرار لضمن مع قيام البينة .

وَلَوْ قَالَ الْوَكِيلُ : أَنَا أَغْرَمُ الزَّائِدَ ، فَفِي إلزام الزَّوْجِ قَبُولَهُ قَوْلانِ

هذا مذهب « المدونة » وهو المعروف ، ولم يلزم الزوج قبول الزائد لوجهين :

---

(١) « المدونة » (٤/ ٢٠٥) .

(٢) « المدونة » (٤/ ٢٠٥) .

(٣) «الجامع» (٤/ ١٩٥) .

أحدهما : أن ذلك عطية من الوكيل فلا يلزم قبولها .

والثـاني : لما عليه في ذلك من ضرر زيادة النفقة ، فإن نفقة من صداقها ألفان غير نفقة من صداقها ألف .

وذكر ابن بشير قولاً آخر باللزوم ، ووقع في بعض النسخ التنبيه عليه .

وَلِكُلٍّ فَسْخُهُ ، وَلِكُلٍّ تَحْلِيفُ الآخَرِ حَيْثُ لاَ يُعَدُّ نُكُولُهُ كَإِقْرَارِهِ ، وإِنْ لَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ بِذَلِكَ ، فَإِنْ نَكَلَ لَزِمَ ...

يعني : ولكل من الزوجين فسخه إذا لم يرضَ بقول الآخر كما تقدم .

قوله : (**وَلِكُلٍّ تَحْلِيفُ الآخَرِ**) اعلم أن هذه المسألة لها أربع صور :

الأولى : أن تقوم للرجل على التوكيل بالألف بينة وللمرأة على التزويج بالألفين بينة .

والثانية : ألا يقوم على كل منهما بينة .

والثـالثـة : أن تقوم للرجل بينة على التوكـيل بالألف وليس على التزويج بألفين بينة ، وإنما الوكيل يصدقها .

والرابعة : عكس الثالثة ، والحكم في الجميع ما قدمه المصنف أن لكل منهما الرضا بقول الآخر وإلا انفسخ .

وقـــوله : (**وَلِكُلٍّ تَحْلِيفُ الآخَرِ**) فيما يصيـر إقراره إن لم تقم بينة خاص بالثلاث الأخيرة ، فـإذا لم يكن على الوكيل بالألف بينة كان للزوجـة أن تحلّف الزوج أنه لم يأمره إلا بالألف ، فـإن نكل لزمه الـنكاح بالألفين ، وإن حلف قـيل للزوجة : إمـا أن ترضي بالألف وإلا انفسخ النكاح ، وكذلك إن قـامت له بينة ولم يكن على التزويج بالألفين بينة فله أن يحلفهـا أنها لم ترضَ بالألف ، فـإن نكلت لزمها النكاح بـالألف وإن حلفت قيل للزوج : إما أن ترضى بألفين وإلا فسخ النكاح .

وكذلـك إن قامت له بينة ولم يكن على التـزويج بالألفين بينة فله أن يحلـفها أنهـا لم ترض بالألف وإن نكلت لزمـها النكاح بالألف ، وإن حلفت قيـل للزوج : إما أن ترضى بألفين وإلا انفسخ النكاح .

وعلى هذا فـقـوله : (**فَـإِنْ نَكَلَ لَزِمَ**) أي : وإن نكَلَ من توجـهت عليه اليـمين من

الزوجين (**لَزِمَ**) أي : النكاح بما ادعاه عليه الآخر ، وهذا ظاهر إذا قامت لأحدهما بينة دون الآخر ، وإن لم تقم لواحد منهما بينة ، فنص ابن يونس»(١) وغيره على أن الحكم فيها كاختلاف الزوجين في الصداق قبل البناء ، فتحلف الزوجة أن العقد كان بألفين ثم يقال للزوج : ارضَ بذلك أو احلف أنك ما أمرته بألفين ، ويفسخ النكاح إلا أن ترضى الزوجة بألف ، وكلام المصنف لا ينافيه ؛ لأن قوله : (**وَلِكُلٍّ تَحْلِيفُ الآخَرِ**) لا دلالة فيه أن لمن شاء منهما أن يحلف صاحبه أولاً .

وَلا تُرَدُّ لأَنَّهَا يَمِينُ تُهْمَةٍ إِلا أَنْ يَدَّعِي تَحْقِيقا فَتُرَدَّ

يعني : إذا توجهت اليمين على أحد الزوجين ونكل لزم كل منهما ما ادعاه الآخر بنكوله ، وليس له أن يرد اليمين على صاحبه ؛ لأنها يمين تهمة وأيمان التهم لا ترد ، فإن ادعى أحدهما على صاحبه التحقيق بأن تقول : أنا أتحقق بأنك أمرت الوكيل أن يزوج بألفين ، أو يقول الزوج : أنا أتحقق أنك رضيت بألف ، فحينئذ لا يلزم الحكم بمجرد النكول وترد اليمين .

وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ لَزِمَ بِأَلْفٍ ، وقِيلَ : بِصَدَاقِ الْمِثْلِ

ما صدر به هو مذهب « المدونة » ، زاد فيها : ولا يلزم المأمور شيء ؛ لأنها صدقته وهو المشهور ، وقيده ابن المواز بما إذا حلف الزوج ، قال : وأما إذا نكل حلفت الزوجة وأخذت الألفين .

ابن محرز : وهذا إذا لم تكن لها بينة على عقد النكاح بألفين ، فإن كان لها بينة لم تحلف وغرم الزوج الألفين ، والقول بإلزام الزوج صداق المثل لعبد الملك ، وينبغي أن يقيد بما إذا كان صداق المثل ألفاً فأكثر ، وأما إذا كان أنقص فلا ينقص ؛ لأن الزوج رضي به ، وكذلك إذا زاد على الألفين فلا يزاد عليهما ؛ لأنها رضيت بهما .

تنبيه :

ما ذكره في « المدونة » من أنه لا يلزم الوكيل شيء ، إنما هو إذا لم يقر بالتعدي أو لم تقم عليه بينة ، وأما إذا أقر بالتعدي أو قامت عليه بينة فقد بيَّن المصنف حكمه بقوله :

وَفِي إِلْزَامِ الْوَكِيلِ الزَّائِدَ بِالإِقْرَارِ وبِالتَّعَدِّي أَوْ بِالْبَيِّنَةِ قَوْلانِ

المشهور الغرم ، قال في « المدونة »(٢) : وإن أقر المأمور بعد البناء بالتعدي غرم الألف

---

(١) «الجامع» (٤/ ١٩٤ ـ ١٩٥) .

(٢) « المدونة » (٤/ ٢٥٣) .

الثانية والنكاح ثابت ، والقـول بعدم اللزوم لمالك في «مختصر مـا ليس في المختصر» وهو مبني على أن الغرر بالفعل لا يوجب غرامة ، وقيـام البينة على الوكيل بالتعدي كالإقرار ، واعلم أن المصنف سلك هنا طريقـة غير مـا سلكها اللَّخْـمِيّ وابن بشيـر وابن شاس[1] ؛ لأنهم حكوا : إذا دخل وأقر الوكيل بالتعدي أو قامـت عليه البينة ثلاثة أقوال : المشهور ، وما في المخـتصـر ، وإلزام الزوج صداق المثل والوكـيل الباقي ، وكأن المصـنف عدل عن ذلك؛ لأنه رأى أن ما ذكره أعم فائدة ؛ لأن قوله : (**إِلْزَامِ الْوَكِـيلِ الزَّائِدَ**) يشمل الألف الثـانية ومـا زاد من صداق المثـل على الألف ، على القول بـإلزامه ذلك بخـلاف ما قـاله اللخمي ؛ لأنه لا يتناول ما زاد على صداق المثل ، فكانت طريقة المؤلف أولى ، وهذا وإن كان حسناً لكن هـذه الفائدة وأمثالها ليس مـدركها الاستدلال وإنما تـؤخذ من النقل ، فإن وجد عـدم إلزام الوكيل الزائد ، على القول بـأن الزوج يغرم صداق المثل ؛ كـانت طريقة المؤلف أولى وإلا فلا .

فَفِي تَحْلِيفِهَا لَهُ قَوْلانِ

الفاء للسببية ؛ أي : لما اختلف في غرم الوكيل ، نشأ عن ذلك خلاف في تحليف المرأة له ، فعلى القول بأن لها أن تغـرمه لها أن تحلفه إن اتهمته أو حـققت عليه العداء ، وعلى القول بعدم التغريم فلا تحلفه ؛ لأن غاية النكول أن يعد كالإقرار ، وهو لو أقر به لم يلزمه شيء ، والقولان اللذان ذكرهما المصنف في تحـليفها الوكيل حاصلان فيـما إذا قامت البينة على عـقد النكاح بألفين ، وحـصل الدخول ولم يـقم على التوكـيل بينة ، وكذلك هـما حاصلان إذا لم تقم على عقد النكاح بـينة ، وحلف الزوج وأدى ألفا ، وأما إن نكل فقال أصبغ : للزوج إن نكل وغرم الألف الثانية أن يحلف الرسول فإن نكل أغرمه ما غرم .

مـحمـد : وهو غلط ولا يمين على الرسول ؛ لأنه لو نكل لم يحكـم عليه إلا بعد يمين الزوج ، والزوج قد نكل عن اليمين حين لم يحلف للمرأة .

فَإِنْ عَلِمَ أَحَدُهُمَا بِالتَّعَدِّي قَبْلَهُ فَالزَّوْجُ أَلْفَانِ والزَّوْجَةُ أَلْفٌ

يعـني : أن ما تقدم إنما هو إذا لم يحصل علم من أحـد الزوجين ، فإن علم أحدهما بتعدي الوكيل قبل الدخول ، فإن كان الزوج فقط فعليه ألفان ؛ لأن دخوله رضا بالألفين،

(١) « الجواهر » (٢/٤٧٨) .

وإن علمت الزوجة فتمكينها من نفسها رضا منها بالألف ؛ لأن الألف الأخرى محض عداء .

فَإِنْ عَلِمَا وَعَلِمَ بِعِلْمِ الآخَرِ فَأَلْفَانِ

أي : فإن علم كل واحد من الزوجين بالعداء ، وعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه بأن الوكيل تعدى بالواجب ، للزوجة ألفان ؛ لأن الزوج لما علم بتعدي الوكيل ودخل على ذلك ، والمرأة علمت بأن الزوج دخل على ذلك وجب أن يكون لها ألفان ، وينبغي ألا تكون لها الألف الثانية بكمالها ، بل تقسم بينهما كما في المسألة التي بعد هذا ؛ وهي قوله :

فَإِنْ لَمْ يَعْلَمِ أَحَدُهُمَا بِعِلْمِ الآخَرِ فَالرِّوَايَةُ: أَلْفَانِ ، وقِيلَ : الْعَدْلُ أَنْ يَكُونَ الزَّائِدُ بَيْنَهُمَا

قوله : (**فَالرِّوَايَةُ**) نظراً إلى ما دخل عليها الزوج .

قوله : (**وقِيلَ**) هو قول اللَّخْمِيّ وتبعه غير واحد من المتأخرين ؛ لأن الزوج وإن دخل على ألفين فالزوجة أيضاً قد دخلت على أن لها ألفاً فتقسم الألف الزائدة بينهما .

وَبِالْعَكْسِ أَلْفَانِ

يعني : إذا علم الزوج بتعدي الوكيل ، وعلمت المرأة بتعديه وبأن الزوج علم بالتعدي ولم يعلم هو بعلمها ، فعلى الزوج ألفان ؛ لأنها تقول له : أنت دخلت على ذلك .

وَالْمُعْتَبَرُ فِي الْجَمِيعِ لُزُومُ مَا دَخَلَ عَلَيْهِ

هذا من المصنف ـ رحمه الله ـ بيان للعلة في جميع المسائل المتقدمة ، والله أعلم .

وَإِذَا أَذِنَتْ بِالتَّزْوِيجِ خَاصَّةً فَزُوِّجَتْ بِأَقَلَّ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ لَمْ يَلْزَمْهَا الْعَقْدُ بِخِلافِ الأَبِ يُزَوِّجُ الْمُجْبَرَةَ ...

يعني : إذا أذنت اليتيمة المالكة لأمرها لوليها في التزويج خاصة ولم تسمِّ له قدر المهر؛ فإن زوجها بمهر المثل لزمها ، وإن زوجها بأقل لم يلزمها النكاح باتفاق نقله في «البيان»(١)، كتوكيلها على بيع سلعة في الوجهين ، وانظر لو رضي الزوج بتمام صداق المثل بعد أن أبت ، والأقرب لزوم النكاح إن كان بالقرب .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/ ٣٢١) .

وقوله : (بِخِلافِ الْمُجْبَرَة) أي : فإن للأب أن يزوج ابنته بأقل من صداق مثلها ، وقد تقدم ذلك .

وَإِذَا اتَّفقَا عَلَى صَدَاقِ السِّرِّ وأَعْلَنَا غَيْرَهُ فَالصَّدَاقُ مَا فِي السِّرِّ

يعني : إذا أظهر الزوجان صداقاً وأخفيا دونه أو مخالفاً له في الجنس أو الصفة فالعمل على ما في السر ، وهذا ظاهر إن اتفق الزوجان على ذلك ، وأما إن ادعت الزوجة الرجوع عنه إلى ما في العلانية ، فإن كان شهود السر شهدوا أن العلانية لا أصل لها وأن المعمول على ما أسرَّا فلا يمين على الزوج ، وإن كان إنما شهدوا بأن النكاح وقع بخمسين مثلاً ثم أعلنوا مائة ولم يشهدوا بإبطال ما في العلانية ، فإن الزوج يحلف ، قاله اللَّخْمِيّ وعياض وابن شاس[1] وأقام بعض المتأخرين من هنا إعمال شهادة الاسترعاء .

فرع : إذا تزوجها بثلاثين ديناراً عشرة منها نقداً وعشرة إلى سنة وسكت عن العشرة الثانية ، فالروايات : أن العشرة المسكوت عنها ساقطة ، ولو كان ذلك في البيع لكانت العشرة الأخرى حالة ، والفرق: أن النكاح قد يظهر فيه غرر ويكون في السر دونه ، فيكون سكوتهم عن تلك العشرة دليلاً على إسقاطها ، ولا كذلك البيع .

وَنِكَاحُ التَّفْوِيضِ : جَائِزٌ ؛ وهُوَ: إِخْلاءُ العَقْدِ منْ تَسْمِيَةِ الْمَهْرِ

لقوله تعالى : ﴿**لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً**﴾ [البقرة : ٢٣٦] فأباح الطَّلاق في النكاح الذي لم يفرض فيه يدل على صحته ، وأيضاً فإنه قد رفع الجناح مع عدم الفرض وذلك يقتضي رفع الإثم عن العقد .

الباجي[2] : ولا خلاف في جوازه وصحته ، قال : وصفته: أن يصرحوا بالتفويض أو يسكتوا عن ذكر المهر ،قاله أَشْهَب وابن حبيب، وهذا معنى قوله : (**وهُوَ إِخْلاءُ العَقْدِ مِنْ تَسْمِيَةِ الْمَهْرِ**) .

فَإِنْ صَرَّحَ بِإِسْقَاطِهِ فَسَدَ كَالْخَمْرِ

أي : فيفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل على المشهور ، وأفاد تشبيهه بالخمر أن في هذه المسألة الثلاثة الأقوال المتقدمة وهو صحيح ، فقد حكى في « المدونة »[3] في

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٤٨٠) .

(٢) « المنتقى » (٥/ ٣٧) .

(٣) « المدونة » (٤/ ٢٥٣) .

فسخه بعد البناء قولين ، واستحسن ابن القاسم فيها عدم الفسخ ، وحكى ابن شعبان أن هذه الصورة كنكاح التفويض ، وعليه فلا يفسخ قبل البناء ولا بعده ويكون لها صداق المثل، وقال ابن حبيب : يخيَّر الزوج قبل البناء بعد أن يفرض ربع دينار أو يفارقها ولا شيء عليه، وقال : لا يجبر على فرض ربع دينار ؛ لأنه دخل على أن لا شيء عليه ، وفي تشبيهه بالخمر أيضاً فائدة أخرى ، وذلك أنه لو اقتصر على قوله : (فَسَدَ) لتوهم أن فساده لعقده .

وَلَفْظُ : وَهَبْتُ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِهِ مِثْلُهُ

أي : ولفظ الهبة من غير ذكر الصداق كالتصريح بالإسقاط ، ومن « المدونة »[1] قال ابن القاسم : وليس الموهوبة إذا لم يسموا معها صداقاً كالتفويض ، وكأنه قال في الهبة : قد زوجتكها بلا صداق ، فلا يصح ولا يقر هذا النكاح ما لم يدخل بها ، فإذا دخل بها فلها صداق مثلها ويثبت النكاح .

سحنون : وقد كان قال : يفسخ وإن دخل بها ، ابن المواز : وقاله أَشْهَب وابن عبد الحكم وأصبغ .

أصبغ : لأن فساده في البضع .

أشهب : ويكون لها إذا فسخ ثلاثة دراهم .

وقال ابن وهب : بل صداق المثل .

ابن راشد : والأول أقيس ؛ لأن الثلاثة من حق الله والزائد قد وهبته للزوج .

وَفِيهَا : قَالَ ابْنُ شِهَابٍ فِي الَّتِي وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِرَجُلٍ فمسَّها يُعَاقَبَانِ وَيُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا

اعلم أن الصورة الأولى قصد فيها ولي النكاح وهبة الصداق ، وهذه قصد فيها هبة نفس المرأة ، ونص في هذه على الفسخ قبل البناء والثبات بعده ، واعترضه الباجي[2] وقال : يفسخ قبل البناء وبعده ، وهو زنى يجب فيه الحد وينتفي الولد وهو ظاهر .

لكن ظاهر قول ابن شهاب : (يُعَاقَبَانِ) أنه لا يبلغ معاقبتهما الحد .ربيعة : ويفرق بينهما وتعاض؛ وسواء وهبت نفسها أو وهبها أهلها قاله في «المدونة»[3].

---

(١) « المدونة » (٤/٢٢٧) .

(٢) « المنتقى » (٥/٣٨) .

(٣) « المدونة » (٤/٢٢٧) .

ابن عبد السلام : وأشار بعض الشيوخ أن كلام ربيعة إنما يناسب أن يكون في المسألة الأولى لا في مسألة ابن شهاب .

وَالْمُفَوَّضَةُ تَسْتَحِقُّ مَهْرَ الْمِثْلِ بِالْوَطْءِ لا بِالْعَقْدِ ولا بِالْمَوْتِ عَلَى الْمَشْهُورِ

أما استحقاقها مهر المثل بالوطء فلا خلاف فيه كما بالعقد ، فلو طلقها قبل الفرض فلا تستحق شيئاً ؛ لقوله تعالى : ﴿**وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ**﴾ [البقرة : ٢٣٧] مفهومه: فإن لم تفرضوا لهن شيئاً لم يكن لهن شيء .

قوله : (**ولا بِالْمَوْتِ عَلَى الْمَشْهُورِ**) أي : ولا تستحق المهر بالموت على المشهور ؛ لأنه إنما يتكمل بالموت ما يتشطر بالطلاق ، وحكى عبد الحميد قولاً شاذا : أنه يجب لها بالموت، وهو قول ابن مسعود وجماعة ، والمشهور قول علي وابن عمر وزيد بن ثابت وأكثر الصحابة .

مالك في « الموازية » : وليس العمل على قول ابن مسعود .

واختار ابن العربي[١] وغيره الشاذ ؛ لما رواه الترمذي[٢] وصححه أنه عليه الصلاة والسلام قضى به .

وَلا تَسْتَحِقُّ النِّصْفَ بِالطَّلاقِ إِلا أَنْ يُفْرَضَ شَيْءٌ بَعْدَ الْعَقْدِ فَيَكُونُ كَمُسَمًّى فِي الْعَقْدِ

أما إذا طلق قبل الفرض فلا خلاف أنه لا شيء لها ، قاله ابن عبد السلام .

وقوله : (**إلا أَنْ يُفْرَضَ شَيْءٌ**) يعني : فإنه إن فرض ثم طلق فإنه يتشطر ذلك المفروض، ولا إشكال فيه إن فرض صداق المثل أو دونه ورضيت ، وأما إن كان أقل من صداق المثل ولم ترض به فإنه إذا طلق يرد عليه .

محمد : ولا يقبل منها بعد الطَّلاق أنها رضيت به قبله إلا أن تقدم بينة .

مالك : وإن قدم الزوج شيئاً ثم أدخلوها عليه ثم طلبوا بقية مهرها فلا شيء لهم إلا أن يكون ذلك المقدم لا يشبه أن يكون صداقاً كالدرهمين والثلاثة ، ومثل الطعام يبعث فترجع عليه بصداق مثلها .

---

(١) « عارضة الأحوذي » (٥/ ٨٥) .

(٢) أخرجه أبو داود (٢١١٤) والترمذي (١١٤٥) والنسائي (٣٣٥٤) وفي « الكبرى » (٥٥١٥) وابن ماجه (١٨٩١) وأحمد (٤٠٩٩) والدارمي (٢٢٤٦) والبيهقي في « الكبرى » (١٤١٩٠) من حديث ابن مسعود - رضي الله عنه ، وصححه الألباني - رحمه الله - .

واستشكل بعض القرويين قوله : (إذا طلبوا البقية فلا شيء لهم) ؛ لأن لهم أن يقولوا: أردنا اتباعه ببقية الصداق .

وَلِلْمَرأة طَلَبُ التَّقْدِيرِ قَبْلَ الدُّخُولِ فَإِنْ وَقَعَ الرِّضَا وإلا فُسِخَ إلا أَنْ يبذل صَدَاقُ مِثْلِهَا فَيَلْزَمُهَا ولا يَلْزَمُهُ كَوَاهِبِ سِلْعَةٍ للثَّوَابِ فَيَلْزَمُهُ أَخْذُ الْقِيمَةِ وَلا يَلْزَمُ الْمَوْهُوبَ له الْقِيمَةُ ...

يعني : أن من حق المرأة ألا تمكّن من سلعتها حتى تعلم ثمنها ، ولابن شاس[1] نحوه لقوله : وللمرأة طلب الفرض لتقدير التشطير أو لتعرف ما تستحق بالمسيس ، ولها حبس نفسها للفرض ، وقال ابن عبد السلام : إنما جعل لها في « المدونة » طلب التقدير إذا أراد الزوج البناء ، والذي قاله في «المدونة» هو الصحيح ، وعليه يتأول قول المؤلف ، وإلا فلا فائدة فيما قاله المؤلف إن حمل على ظاهره .

خليل : ولم أر ما ذكره عن «المدونة» فيها ، وقوله : (لا فائدة فيما قاله المصنف) ليس بظاهر ؛ لأن الفائدة ظاهرة مما تقدم من كلام ابن شاس ، والله أعلم .

قوله : (**فَإِنْ وَقَعَ الرِّضَا وإلا فُسِخَ النِّكَاحِ**) أي : بطلاق ؛ لأنه صحيح إلا أن يبذل الزوج صداق مثلها فيلزمها ولا مقال لها .

(**ولا يَلْزَمُهُ**) أي : ولا يلزم الرجل ابتداءً أن يفرض صداق مثلها ؛ لأن المرأة هنا بمنزلة من وهب لرجل سلعة للثواب ، فإن الموهوب له إن دفع القيمة لزم الواهب قبولها ، ولا يلزم الموهوب له أن يعطى القيمة ، وعلى هذا فالزوج هنا كالموهوب له ، وقد يفهم من قوله وقول صاحب « الجواهر »[2] : (وللمرأة طلب التقدير) أن لها أن تمكّن من نفسها قبل الفرض ؛ لأن اللام تقتضي أن ذلك من حق المرأة ، ومن له حق جاز له تركه ، وعلى هذا فلا يكون التقدير قبل البناء واجبا .

وفي « المدونة »[3]: ليس للزوج البناء حتى يفرض ، وقريب منه في « الرسالة »[4] ، لكن نص أبو الحسن أن ذلك على الاستحباب .

---

(١) « الجواهر» (٢/ ٤٨٢) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٤٨٢) ،

(٣) « المدونة » (٤/ ٢٣٦) .

(٤) « الرسالة » (ص/ ٩٢) .

وفي « المقدمات »[١] : إنما يجب تسمية الصداق عند الدخول ، فظاهره أن التقدير قبل البناء واجب .

ابن حبيب وغيره : ولا ينبغي أن يبني بالمفوضة ولا يخلو بها حتى يقدم ربع دينار فأكثر.

وَفِيهَا : فَإِنْ قَرَضَ فِي مَرَضِهِ فَمَاتَ لَمْ يَجُزْ ؛ لأَنَّهَا وَصِيَّةٌ لِوَارِثٍ إِلا أَنْ يَطَأَ فَتَرُدُّ مَا زَادَ عَلَى الْمِثْلِ خَاصَّةً ...

لأنها لما لم تستحق الصداق بالموت ، جعلوا ما فرضه لها وصية لوارث إلا أن يجيزه الورثة ولا خلاف في إرثها لصحة النكاح .

واختلف إذا لم يدخل وكانت ذمية أو أمة ، فقال ابن المواز ونقله عن مالك : يكون لها ما فرض من الثلث ، وقال ابن الماجشون :يبطل ؛ لأنه لم يسمِّ لها ذلك على سبيل الوصية ، وإن دخل كان لها المسمى من رأس المال إن كان صداق المثل أو أقل بلا اختلاف، وإن فرض لها أكثر من صداق مثلها كان صداق المثل من رأس المال وبطل الزائد إلا أن يجيزه الورثة ، وهذا معنى قول المصنف : **(إِلا أَنْ يَطَأَ فَتَرُدُّ مَا زَادَ عَلَى الْمِثْلِ خَاصَّةً)** .

فرع : إنما يبطل ما زاد على صداق المثل إذا مات كما تقدم ، فإن صح منه وهي حيث ثبت لها الجميع باتفاق حكاه في « البيان »[٢] ، واختلف إذا فرض ، ولم يدخل ولم يصح من مرضه حتى ماتت على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لاشيء لورثتها مات من مرضه أو صح منه وهو قول ابن المواز .

والثاني : أنه إن صح من مرضه كان لورثتها ، وإن مات منه كان لهم من الثلث ؛ لأنه يصير وصية لغير وارث ، وإلى هذا ذهب الفضل .

والثالث : إن صح من مرضه كان لورثتها ، وإن مات منه لم يكن لهم شيء ؛ لزن الموصى له إذا مات قبل الموصي بطلت وصيته وهو قول أصبغ ودليل قول ابن القاسم في «العتبية »[٣] ، ولعل المصنف نسب المسألة « للمدونة » لإشكالها وذلك والله أعلم لأحد أمرين :

---

(١) « المقدمات » (١/ ٢٥٠) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٤/ ٤٣٥) .

(٣) « البيان والتحصيل » (٤/ ٤٣٥) .

أولهما : وهو الظاهر أن الحكم بالبطلان إذا فرض ولم يدخل ليس بظاهر ؛ لأنهم عقدوا على صداق مجهول وُكِل تعيينه إلى الزوج ، فإذا فرض فقد عين ما وقع العقد عليه فكيف يكون وصية لوارث .

ثانيهما : وهو الذي اقتصر عليه ابن عبد السلام : أن مقتضي إبطالهم للصداق قبل الدخول ألا يكون لها شيء بالدخول لإجرائهم ذلك في مجرى الوصية ، ويجاب عن الثاني بأنه إنما كان لها المسمى بالدخول ما لم يزد على صداق المثل من باب قيم المتلفات ، ونقض ابن عبد السلام هذا الجواب ؛ لنكاح المريض إذا دخل فإنهم جعلوا لها الصداق في الثلث ولم يعدوه من باب المتلفات .

خليل : ويجاب عن هذا العقد في مسألتنا وقع صحيحاً ، فلما استند الدخول إليه لزم أن يكون فيه المسمى من رأس المال بخلاف نكاح المريض لوقوع العقد فيه فاسداً .

وَفِي رِضَا السَّفِهَيَةِ غَيْرِ الْمُوَلَّى عَلَيْهَا بِدُونِه

نحو هذا في ابن بشير وابن شاس وابن رشد ، وقال ابن عبد السلام : حكى في «المدونة » القولين ولم يصرح فيها بسفه المرأة وإنما فرضها في البكر التي لا أب لها ولا وصي والمسألة محمولة عند الشارحين على من لم يُعلم حالها بسفه ولا رشد ، والمشهور فيها هو قول ابن القاسم أنه لا يجوز رضاها بأقل من صداق المثل ، وكذلك لا يجوز لها أن تضع منه شيئاً بعد الطَّلاق ، وقال غيره فيها : يجوز رضاها وطرحه سحنون .

واختلف أيضاً إذا تزوجت بصداق مثلها فأكثر واختلفت مع وليها ، فقال ابن حبيب : الرضا لمن يزوجها دونها ، وقيل : الرضا إليها دونه ، ونسب فضل « للعتبية » .

قال في « البيان » : ولم أره فيها ، قال : والقياس : إذا اختلف ألا يثبت ما رضي به أحدهما صداقاً إلا بعد نظر السلطان ، قال : وأما ثبوت ما اجتمعا على الرضا به صداقاً دون نظر السلطان إلا استحساناً .

وَالْمُوَلَّى عَلَيْهَا الْمُجْبَرَةُ لا يُعْتَبَرُ رِضَاهَا

يشمل قول المجبرة البكر ذات الأب والأمة والموصى عليها على أحد الأقوال ، ولا خفاء في عدم اعتبار رضاهن .

تنبيهات :

الأول : قولهم المجبـرة يشمل المعنسة على أحـد القولين ، وأما على القول بعـدم الجبر فيكون الرضا بقليل الصداق وكثيـره إليها دون أبيها ، وحكى في « المقدمات »[1] هذيـن القولين .

الثـاني : اختلف هل للأب الرضا بأقل من صداق المثـل مطلقاً قبل البناء وبعده ، وهو تأويل اللخمي ، أو إنما له ذلك إذا كان قبل البناء ، وأما بعده فليس له أن يرضى بأقل من صداق المثل وهو تأويل ابن يونس وابن رشد .

الثالث : وقع في بعض النسخ إثر الكلام المتقدم ما نصه : ويعتبر رضا وليها ولا إشكال عليها في ذات الأب والسيد ، وأمـا ذات الوصي فالظاهر أن المصنف لم يردْها بهذا الكلام بل أشار إليه بقوله :

وَأَمَّا غَيْرُهما فَالْمَشْهُورُ يُعْتَبَرُ رِضَاهُمَا مَعا بِدُونِه إنْ كَانَ نَظَرَا

لأنه لم يبق غيرها وهكذا قال ابن رشد : أن مـراده بغير الموصى عليها ، لا يقال : لا نسلم أنه لم يبق إلا الموصى عليها ، ولم لا يجوز أن يكون أراد المرأة التي ليست بمجبرة مع أن لها ولياً غير وصي ؟ لأنا نقول: إذا كانت غير مـجبرة ولم يكن لها وصي كانت سفيهة مهملة،وقد أشار إليها المصنف أولاً بقوله : **(وَفِي رِضَا السَّفِيهةِ غَيْرِ الْمُوَلَّى عَلَيْهَا ..إلخ)**.

وقـوله :**(غَـيْرُهمـا)** هكذا وقع في بعض النسخ بضميـر التثنية ؛ أي : غير السـفيهة والمجبـرة ، وفي بعضهـا (غيرها) بالإفـراد فيعـود على المجبرة ، ومـا ذكره من اعتـبار رضاهما مخالف لابن شاس[2] فإنه قال : وإن كانت السفيهة مولى عليها فإن كان الفرض قبل الدخول وهو من حسن النظر صح رضا الولي به ، فظاهره : إنما يعتبر الولي .

وفي « التـهـذيب »[3] : وإن زوج البكر غـير الأب فرضـيت بذلك ؛ أي : بأقل من صداق مثلها لم يجز رضاها والرضا للولي ، ولو رضي الولي ما جاز أيضاً .

ابن القـاسم : إلا أن يكون ذلك نظراً لها فيجوز مثل أن يعـسر الزوج ويسأل التخفيف ويخاف الولي الفراق ويرى مثله رغبة لها ، فـيجوز ذلك إن رضيت وما كان على غير هذا

---

(١) « المقدمات » (١/ ٢٥٢) . (٢) « الجواهر » (٢/ ٤٨٢) .

(٣) «التهذيب» (٢/ ١٩٩) .

لم يجز ،وإن أجازه الولي فظاهره اشتراط رضاها ككلام المصنف لقوله: إذا رضيت ، والمراد بالولي الوصي ، لكن كلام عياض يرد هذا ، ويصحح نقل ابن شاس[١] ، فإنه قال: ظاهر «المدونة» لا يتم إلا برضاهما معاً بالصداق ، والصحيح عند شيوخنا على منهاج المذهب أن يمضي على رضا الوصي وهو الذي في «كتاب ابن حبيب» ، ولا يلتفت إلى رضا البكر ، إذ النظر في المال له ، بخلاف ما لو لم ترض حين العقد فلها ألا ترضى بالزوج إلا بالوجوه التي ترضيها من إضعاف الصداق وغيره مما تشترطه ولا يتم العقد ما لم ترضَ، بخلاف ما إذا رضيت بالتفويض ثم نازعت في الفرض . انتهى .

وكذلك قال في «المقدمات»[٢] : إن ذات الوصي لا يجوز له أن يزوجها بعد بلوغها بأقل من صداق مثلها وإن رضيت ، وله أن يزوجها وإن عنست برضاها ويكون إذنها صماتها بما رضي به من صداق مثلها فأكثر وإن لم ترضَ ؛ إذ ليس لها مع الوصي من الرضا بالمهر شيء، وله أن يراضي الزوج في نكاح التفويض على صداق مثلها بأكثر ، فيجوز ذلك عليها ويلزمها رضيت أو لم ترضَ ، فإن لم يرض هو بذلك ورضيت هي لم يكن ذلك إلا بحكم السلطان ، وليس له أن يراضي الزوج على أقل من صداق مثلها عند مالك ، خلاف مذهب ابن القاسم أن ذلك جائز على وجه النظر ، إلا أنه شرط رضاها وفي ذلك من قوله نظر ، انتهى باختصار .

وعلى هذا فتشهير المصنف ليس بظاهر ، لكن حكى أبو الحسن عن بعضهم أنه رأى أن قول ابن القاسم تفسير لقول مالك ، وأن شروط الجواز عندهما ثلاثة : رضا الولي ، ورضاهما ، وأن يكون ذلك نظراً ، فعلى هذا يتم كلام المصنف ، وكلام ابن عبد السلام على هذه المسألة ليس بظاهر .

تنبيهان :

الأول : لا إشكال أن المرأة إذا كانت ثيباً رشيدة أنه يعتبر رضاها فقط ، ويؤخذ ذلك من قول المصنف أولاً : (فَإِنْ وَقَعَ الرِّضَا وإِلا فُسِخَ) .

الثاني : جعل الأندلسيون قول ابن القاسم هنا حجة في المحجورة إذا رضيت إسكان زوجها معها في دارها وإنفاقها على نفسها رغبة في الزوج مخافة طلاقها ولغبطتها به ،

(١) « الجواهر » (١/٤٨٣) .

(٢) « المقدمات » (١/٢٤٨) .

وأنه إن فارقها رجعــت تسكن دارها وتنفق على نفسها وتفقد ما رغبــته من زوجها أن ذلك لها إذا طلبته ، وبذلك أفتى ابن عتاب .

عياض : وقاله شيخنا هشام بن أحمد الفقيه والقاضي محمد بن حمديس ، وهو الذي يوجبه النظر ، وخالفــهم أبو مطرف الشعبي في إنفاقها على نفسهــا خاصة ، وقال : يلزم عليه أن يكون لها الرضا بما طلب من مــالها إذا خشيت فراقه ، وفرَّق عيــاض بين ما تنفقه على نفسها وبين ما تعطيه له ، فإنه لو طلقها لعادت نفقتها على نفسها ، فإذا كانت نفقتها على نفسها في الموضعين فبقاؤها مع زوجــها أولى ، ولا كذلك ما تعطيه ؛ لأنه إذا طلقها بقي لها ذلك القدر ، وهو فرق ظاهر إن طلب منها شيئاً كثيراً .

فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَثَالِثُهَا : الْمَشْهُورُ يَصِحُّ فِي الأَبِ دُونَ غَيْرِهِ

أي : فإن دخل بذات الأب وذات الوصي قــبل الفرض ثم فــرض لهن أقل من صداق المثل فقــيل : يصح رضا الأب والوصي بذلك ، وقيل : لا يــصح ، والثالث : يصح من الأب دون الوصي وهو المشهور لقوة تصرف الأب ، وقد حكى هذه الأقوال هكذا جماعة .

وَإِذَا أَبْرَأَتِ الزَّوْجَةُ قَبْلَ الْفَرْضِ خَرَجَ عَلَى الإِبْرَاء عَمَّا جَرَى سَبَبُ وُجُوبِهِ دُونَهُ ...

يعني : إذا أبرأته قبل البناء ثم طلبته بعده بالصداق فهل لها ذلك أم لا ؟ أجرى ذلك على قولين في الإبراء (**عَمَّا جَـرَى سَبَبُ وُجُوبِهِ دُونَهُ**) أي : دون الوجوب هل يلزم نظراً لتقـدم سبب الوجوب وهو هاهنا العقـد أم لا ؟ لأنها أسقطت حقـها قبل وجوبه كـما لو أسقط الشفـيع الشفعة قبل الشراء وفي ذلـك قولان وكالمرأة إذا أسقطت نفقة المسـتقبل عن زوجهـا هل يلزمها لأن سبب وجـوبها قد وجـد أو لا يلزمها لأنها لم تجب بعـد ؟ قولان حكاهما ابن راشـد ، وكعفـو المجروح عمـا يؤول إليه الجـرح ، وكإجازة الورثة الوصـية للوارث أو بأكثر من الثلث للأجنبي في مرض الموصي ، وأمثلة هذا كثيرة ، أما إن لم يجز سبب الوجوب لم يعتبر بالاتفاق حكاه القرافي[١] .

وَتَزَوَّجْتُك عَلَى حُكْمِي أَوْ حُكْمِ فُلانٍ أَوْ حُكْمِك ، تَفْوِيضٌ لا فَاسِـدٌ ، ورَجَعَ إِلَيْه ابْنُ الْقَاسِمِ لِمَا عَلِمَ من قَوْلِ مَالِكٍ ، وقَالَ أَشْهَبُ : إِلا عَلَى حُكْمِك ، فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَرْضَ بِحُكْمِهَا

---

(١) « الذخيرة » (٣٧٩/٧) .

لَمْ يَلْزَمْهَا مَا لَمْ يَبْنِ بِهَا ....

اعلم أنه اختلف في نكاح التحكم ابتداء على أربعة أقوال : الجواز وهو قول مالك ورجع إليه ابن القاسم بناء على إلحاقه بالتفويض وعدمه .

ويفسخ قبل البناء ويثبت بعده وهو الذي رجع عنه ابن القاسم في «المدونة» ؛ لأنه خرج عن حد ما أرخص فيه من التفويض ، ولم يذكر المصنف غير هذين القولين ، وقيل : إن كان المحكم الزوج جاز وإن كان المحكم الزوجة أو الولي أو أجنبيا لم يجز .

وقيل : يجوز إلا أن يكون المحكم الزوجة ، وما ذكرناه من إطلاق الخلاف هي طريقة التونسي واللخمي وابن رشد وغيرهم .

وذهب ابن الكاتب إلى أنه لا يختلف في الصحة إذا كان المحكم الزوج .

قال في «المقدمات»[(1)] : ولا خلاف إذا كان الزوج هو المحكم على القول بجوازه أنه كنكاح التفويض إن فرض صداق المثل فأكثر لزم الزوجة ، ولا يلزمه أن يفرض صداق المثل. انتهى .

واختلف إذا كان المحكم الزوجة أو الولي أو الأجنبي أو أشرك أحد منهم مع أحد في التحكيم على خمسة أقوال :

أولها : للقابسي أن التحكيم عكس التفويض ، ينزل المحكم في التحكيم منزلة الزوج في التفويض ، إن فرضت الزوجة صداق المثل فأقل إن كانت هي المحكمة أو فرض ذلك المحكم برضاها لزم ذلك الزوج ، وإن فرض الزوج صداق المثل فأكثر لم يلزم ذلك الزوجة إلا أن ترضى به كانت هي المحكمة أو غيرها ، وتأوله على « المدونة » .

وثانيها : لأبي محمد وابن رشد وغيرهما أن معنى «الكتاب» : أن النكاح لا يلزم إلا برضا الزوج والمحكم زوجة كانت أو غيرها فرض الزوج أكثر أو المحكم أقل .

قال في «المقدمات»[(2)] : وهو ظاهر الكتاب، واستبعدوا تأويل القابسي .

ثالثها : حكاه في « الواضحة » عن ابن القاسم وأصبغ وابن عبد الحكم: أنه كنكاح التفويض في كل الوجوه إن فرض الزوج صداق المثل لزم النكاح ، وإن رضي المحكم

---

(١) « المقدمات » (١/٢٤٧) .

(٢) « المقدمات » (١/٢٤٧) .

بصداق المثل أو أقل لم يـلزم ذلك الزوج إلا أن يشاء ، وتأوله أيضاً بعض الـصقليين على الكتاب ، وهو الذي يؤخذ من كلام المصنف لقوله : (تَفْوِيضٌ) وأطلق .

والقول الرابع : لعبد الملك : أنه كنكاح التفويض إلا إذا كان المحكم المرأة فإنه لا يلزمها الرضا بصداق المثل ، ولابن القاسم وأشهب نحوه أيضاً .

القول الخامس : في « الموازية »: أنه لا يلزم إلا بتراخي الزوجين كان أحدهما المحكم أو غيرهما ، وحكى عن أَشْهَب أيضاً .

وَمَهْـرُ الْمِثْلِ : مَا يَرْغَبُ به مِثْلُهُ في مِـثْلِهَا ، ويُعْتَبَرُ الدِّينُ والْجَمَالُ والْحَسَبُ والْمَالُ والزَّمَانُ والْبَلاءُ ، وفِيهَا : وينْظُرُ الرَّجُلُ فَقَدْ يُزَوَّجُ فَقِيرٌ لِقَرَابَتِه ، وأَجْنَبِيٌّ لِمَالِه فَلَيْسَ مَهْرُهُمَا سَوَاءً ..

يعـني : يراعي في صداق المثل هذه الصفات المذكورة ، وذكر في « المدونة » أنه ينظر إلى أشباهها في قدرها وجمالها وموضعها .

قـال في «البيـان»[1]: أي موضعـها في النسب ، فيحتـمل ما قاله ويحتـمل ما قاله المصنف من اعتبار المكان ، ولابد من اعتبار الاثنين .

مالك : ويعتبر حالها في زمانها .

قـال في «البيـان»[2] : وتأول بعضـهم عن مالك أنه ينظر إلى أمثالهـا من النساء في جمالها ومـالها وعقلها ، ولا ينظر إلى نساء قومها ، وليـس ذلك بصحيح على ما بيَّنا من مذهبه فـي « المدونة » ، قال : ونساء قومـها اللاتي يعتبر بـصداقهن أخواتها الـشقائق أو للأب، ولا تعتبر أمهاتها ولا خالتهـا ولا أخواتها من أمها ولا عماتها للأم؛ لأنهن من قوم آخرين، فقد تكون قرشية وأمها من الموالي. انتهى.

وقال عـبد الوهاب [3]: باعتبار عشيرتها وجيرانـها كن عصبتها أو لا ، قال : خلافاً للشافعي في مراعاة العصبـة ، وينبغي أن يراعى في ذلك العرف ، فإن جرى العرف بالنظر إلى صداق الأم وغيرها كما هو في زماننا فيجب اعتباره ، وأشار اللَّخْمِيّ وغيره إلى ذلك،

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/٣٤٧) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٤/٣٤٧) .

(٣) « المعونة » (١/٥٢٣) .

وبقية كلام المصنف ظاهر التصور .

وَمَهْرُ الْمِثْلِ فِي الْفَاسِدِ يَوْمَ الْوَطْءِ

يعني : أن نكاح التفويض الفاسد بخلاف التفويض الصحيح ؛ يعتبر فيه مهر المثل يوم العقد والفاسد يعتبر فيه يوم الوطء ، واستغنى المصنف عن ذكر الحكم الصحيح المفهوم على ما علم من ملاءمته ، وظاهر المذهب كمفهوم كلام المصنف .

وقيل : يعتبر في الصحيح يوم البناء إن دخل ويوم الحكم إن لم يدخل ، وبنى الاختلاف على الاختلاف في الهبة للثواب إذا فاتت هل تجب قيمتها يوم القبض أو يوم الهبة ؟

وفرقوا هنا على المشهور كما قالوا في البيع الصحيح بسبب ما يطرأ من عيب أو استحقاق: أن المعتبر يوم العقد ، وفي البيع الفاسد يوم القبض .

فإن قيل في اعتبار مهر المثل في نكاح التفويض يوم العقد نظر ؛ لأنه لم يكن ثابتاً حينئذ بدليل سقوطه بالطلاق والموت ، فالجواب أن العقد لما كان صحيحاً وترتبت عليه الأحكام من الميراث ولحوق الولد ألحقوا ذلك به .

وَإِذَا اتَّحَدَتِ الشُّبْهَةُ اتَّحَدَ الْمَهْرُ كَالْغَالِطِ بِغَيْرِ الْعَالِمَةِ

نحوه في «الجواهر»[1]: يعني : أن الوطء إذا استند إلى شبهة متحدة اتحد المهر ، ويعد كوطأة واحدة فلا يجب إلا مهر واحد ، كما لو وطئ أجنبية مرارا يظنها زوجته أو أمته .

وقوله : (**بِغَيْرِ الْعَالِمَةِ**) ، وأما لو كانت عالمة فلا شيء لها ؛ لأنها زانية ، ومفهوم كلام المصنف أنه لو تعددت الشبهة تعدد المهر كما لو وطئها مرتين ظنا في واحدة زوجته وفي الأخرى أمته ، وهكذا ينبغي إذا تخلل بين الوطأين وطء مباح ظاهراً أو باطناً ، فوطئها غالطاً ثم تزوجها فوطئها غالطا أو لم يطأها ثم طلقها ووطئها غالطاً ما لم يكن وطؤه بعد الصداق بشبهة مستندة للطلاق ، كما قالوا : إذا قال لأجنبية : إن تزوجتك فأنت طالق ، فتزوجها ووطئها فلا شيء عليه إلا صداق واحد على المشهور ، وقيل : عليه صداق ونصف : وهو القياس ، وكما لو خاطب امرأته بكلام يعتقد أنه لا يلزم به شيء واسترسل على وطئها ثم سأل مفتياً عن ذلك ، فقال: وقع عليك الطَّلاق به ،

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٤٨٣) .

فالمذهب أيضاً أنه لا يلزمه إلا صداق واحـد ، وظاهر كلامهم أنه لا فرق في الحكم بين أن يكون المسمى مساويا لصداق المثل أو أقل .

وَإِلا فَفِي كُلِّ وَطْأَةٍ مَهْرٌ كَالزِّنَا بِغَيْرِ الْعَالِمَةِ أَوِ الْمُكْرَهَةِ

نحوه فـي « الجواهر »[1] ، وتصوره ظاهر ، ولولا تمثيله بـالصورتين المذكورتين لكان كلامه مشكلاً ؛ لأنه اشترط في اتحاد المهر الشبـهة واتحادها ، ثم قال : وإلا فيدخل فيه ما إذا انتفت الشبهة وكان الوطء زنا محضا ، ومن صور الزنا المحض ما لا يجب فيه المهر فلا يصدق قوله : (**فِي كُلِّ وَطْأَةٍ مَهْرٌ**) .

التَّسْلِيمُ : وَيَجِبُ تَسْلِيمُ حَالِّهِ ومَـا يَحِلُّ مِنْهُ بِإِطَاقَةِ الزَّوْجَةِ الْوَطْءَ وبُلُوغِ الزَّوْجِ لا بُلُوغِ الْوَطْءِ عَلَى الْمَشْهُورِ ...

أي : ويجب تسليم حـالِّ المهر وما كـان منه مؤجلاً ، فـحلَّ عند زمان إطاقـة الزوجة الوطء وعند بلوغ الزوج الحلم على المـشهور ، ولمالـك في « كتاب ابـن شعبـان » : عند بلوغه القدرة على الوطء كالمرأة ، والفرق المشهـور: أن من يمكن وطؤها يحصل منها كمال اللذة بخلافه ، وإنه لا يحصل له كـمال اللذة إلا ببلوغ الحلم ، والباء في قوله : (**بِإِطَاقَـةِ الْـوَطْءِ**) باء السبب ، وهذا إذا لم يكن من الزوجين تمانع في المبدأ منهـما ، أما لو تنازعا في البداية ففي «الجواهر »[2] ـ وهو ظاهر كلام المصنف ـ أن الزوج يبدأ بتسليم المهر وهو مقتضى « المدونة » ؛ لقوله فيها : وللمرأة منع نفسها حتى تقبض صداقها .

وقال ابن القصار : الذي يقوى في نفسي أن الصداق يوقف ولا تأخذه المرأة حتى تمكِّن من نفسها .

وفي «**الواضـحة**» : وإذا طلبت قبل البناء أخذ النقد وأبى الزوج إلا عند البناء فللزوج ذلك إلا أن تشاء تعجيل البناء فلها قبضه .

إِلا أَنْ يَكُونَ مُعَيَّناً كَدَارٍ أَوْ عَبْدٍ فَيَجِبُ بِالْعَقْدِ

أي : إلا أن يكون الصداق شيئاً مـعينا لا مضمونا كدار أو عبد فيـجب تسليمه للمرأة

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٤٨٣) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٤٨٣) .

بالعقد ، ولا ينظر بلوغ الزوج ولا إطاقة الزوجة الوطء ، ولا يجوز تأخيره كما لا يجوز بيع معين يتأخر قبضه للغرر ؛ إذ لا يدرى على أي صفة يقبض ، ونظير الصداق في أنه لا يجب تعجيله إلا أن يكون معين الأجرة فإنه لا يجب تعجيلها إلا بشرط ، إلا أن تكون شيئاً معينا .

وَالْمَرِيضَةُ كَالصَّحِيحَةِ

يعني : أنه لا يجوز له الامتناع في دفع الصداق لمرضها ولو بلغت حد السياق ، وأما النفقة فمذهب « المدونة » وجوبها وإن لم يقدر الزوج على الجماع ما لم تكن في السياق ، والفرق بين النفقة والصداق أن النفقة في مقابلة الاستمتاع ، والاستمتاع من التي بلغت حد السياق متعذر ، وأما الصداق فلا يصلح أن يكون المرض مانعا منه ؛ لأن غاية حصول الموت معه ، والموت موجب التكميل .

وَالرَّتْقَاءُ وَالْمَجْنُونَةُ وَنَحْوُهُمَا مِمَّا طَرَأَ بَعْدَ الْعَقْدِ أَوْ رَضِيَ بِهِ بَعْدَهُ كَغَيْرِهِنَّ ، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ وَطْؤُهُنَّ ...

لأن العيب الطارئ بعد العقد لزمه كما تقدم ، وإذا لزمه كان لها من الحق ما للسالمة .

وَقَالَ سحْنُونٌ : لا يَجِبُ مُؤَجَّلٌ يَحِلُّ إِلا بِالدُّخُولِ ، وَأَلْزَمَ الأَجَلَ الْمَجْهُولَ

قول سحنون راجع إلى صدر المسألة ، وهي قوله : **(وَيَجِبُ تَسْلِيمُ حَالِّه ومَا يَحِلُّ مِنْهُ)** أي : وخالف سحنون فيما حل منه ، وقال : لا يجب إلا بعد الدخول ، وروي عن مالك أيضاً قوله : وألزم الأجل المجهول ، يعنى : وألزم سحنون على قوله هذا بوجهين :

الأول : أنه لما كان جواز أن يكون الصداق إلى أجل مجهول من إلزامه التأخير إلى الدخول ، والدخول غير معلوم ، والموقوف على المجهول مجهول ، وأجيب بوجهين :

الأول : أنه لما كان الدخول بيد المرأة في كل وقت صار حالا .

والثاني : أن الدخول كان معلوماً عندهم كما تقدم .

وَلِلْمَرْأَةِ مَنْعُ نَفْسِهَا مِنَ الدُّخُولِ وِمنَ الْوَطْءِ بَعْدَهُ ، ومِنَ السَّفَرِ مَعَهُ حَتَّى تَقْبِضَ مَا وَجَبَ مِنْ صَدَاقِهَا ....

ما وجب يعني الحالَّ أو ما حل ، وظاهر قوله : (**وَلِلْمَرْأَةِ مَنْعُ نَفْسِهَا**) أن ذلك حق

لها، فيجوز إذا رضيت بالدخول من غـير أن تقبض شيئاً ، وليس بظاهر ؛ بل ذلك مكروه عند مالك إلا بعد تقديم ربع دينار ، نص على ذلك صاحب « البيان »[١] وغيره .

وقوله : (ومِنَ الْوَطْءِ بَعْدَهُ) يريد : بعد اختلائه بها وقبل أن تمكنه من نفسها ، وأشار بذلك إلى مـا وقع في « العتـبيـة » أن رجلاً سـأل مالكاً فـقال له : إن امـرأتي أذنت لي بالدخول عليها والمبيت معها وأنا أضَّجع إلى جانبها في اللحاف وتمنعني نفسها حتى أعطيها صداقها ، فقال : لها ذلك .

فإن قلت : لِمَ حملت قوله: (ومِنَ الْوَطْءِ بَعْدَهُ) على أن المراد بعد الخلوة ، ولم تحمله على أن المراد بعد الوطء ؛ لأن ذلك هو الدخول المعروف عند الفـقهاء ، فالجواب يمنع من ذلك وجهان :

الأول : أن قوله : بعـد ذلك في آخر المسألة : (فـإن وطئها لم يبق لهـا إلا المطالبة) يدل على أنه هنا لم يتقدم له منها وطء .

الثـــاني : أنا لو حملنا كلامه على ما فهمت لـكان مخالفا لقول ابن القاسم ، فإن ابن القاسم نص في « العتبية »[٢] على أنها بعد الوطء ليس لها أن تمنع ،نعم وهو قول محمد.

ابن عبد السلام : وأما امتناعها من السفر معه قبل قبض صداقها فإنما يكون لها ذلك قبل الدخول بها .

فرع :

كره ابن القاسم في « العتبية » الدخول بالهدية ، قال : لأنها ليست من الصداق .

قـال في « البيـان »[٣] : لأنه لو طلقها لم يكن له منها شيء ولو كـانت قائمة ، قيل لابن القاسم : فـإن ألفى النكاح مفسوخـا هل يرجع ويأخذ هديته ؟ قـال : إن أدرك منها شيئاً أخذه وإن فاتت لم يكن له قِبَلَهـا قليلٌ ولا كثير ، قيل : هل يدخل بها إذا رهنها في الصداق؟ فقـال : نعم ، قيل : هل يجوز أن يتحمل عنهـا بالصداق ويبني بأهله ؟ قال : أخبرني من أثق به أن بعض أهل العلم أجازه ، وأحب إلى أن يقدم لها ربع دينار .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٥/٦٨) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٥/٦٨) .

(٣) « البيان والتحصيل » (٥/٦٨) .

قال في « البيـان » : وأجاز له ابن حبيب الدخول بالهدية ، ومثله لمالك في «المبسوط» من رواية ابن نافع ، وفي «الموازية» لمالك : أن من تزوج امـرأة بدين فلا يدخل بهـا حتى تقبض من ذلك ثلاثة دراهم .

وقال أيـضاً : له أن يدخل وإن لم يعطِ شيئـاً لأنه حق له ، فعلى القول بأنه لا يدخل بها فـي الدين حتى يعطي ثلاثة دراهم لا يجـوز أن يبني بها بالرهن ، قـال : وأخف هذا السائـل الدخول بالدين ، والأظهـر أن الدخول به جـائز ؛ لأنه قد وجب لهـا ولو شاءت باعته وأخذت ثمنه ويليه الدخـول بالرهن لأنها قبضت ما هي أحق به في الموت والفلس ، وأشدها الدخول بالحمالة .

فَإِنْ لَمْ يَجِدْ تُلُوِّمَ لَهُ بِأَجَلٍ بَعْدَ أَجَلٍ ، ثُمَّ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا بِطَلْقَةٍ

يعـني : إذا طُلِبَ الزوج بالصداق فإن صدقتـه المرأة أو أقام بينة على إعساره ضرب له الأجل .

المتيطي : ويؤجله في إثبات عسره أحداً وعشرين يوماً ، ستة ثم ستة ثم ستة ثم ثلاثة ، وللمرأة أن تطالبه بحمـيل بوجهه ، فإن عجز عنه فلها أن تسـجنه لأن الصداق دين كسائر الديون ، فإذا أثبت إعساره أو صدق أجَّلَهُ الحاكم وتلوم له .

قال في « المدونة »[١] : ويختلف التلوم فيمن يرجَّى وفي من لا يرجَّى ، أي : فيطول في الأجل في حق من يرجَّى دون غيره .

واختلف الشيوخ فرأى ابن بشير أن المذهب كله على ما حكيناه عن « المدونة » ، وأن ما وقع في الروايات من الخـلاف إنما هو بحسب الأشـخاص ، ورأى اللَّخْمِيّ والمتـيطي وابن يونس وغيرهم ذلك خلافاً حقيقيا .

اللَّخْميّ : واختلف في مواضع :

أحدها : في قدر التلوم .

والثاني : هل يؤخر بشرط النفقة ؟

الثـالث : هل يطلق على من لا يرجى بغير أجل ؟ ففي « المدونة »[٢] : يتلوم له على

---

(١) « المدونة » (٢٥٣/٤) .

(٢) « المدونة » (٢٥٣/٤) .

حسب مـا يرجَى له ولم يوقت ، وفي « الموازية » : يؤخر السنتين ولا يعـجل بعد السنتين حتى يتلوم له تلوما آخر السنة وشبهها .

وقـال ابن حبيب : إن اتهم أن يكون أخفى مـاله ما لم يوسع في الأجل ، وإن تبين عجزه عن الصداق وعن النفقة لم يوسع أيضا في الأجل ، ويؤخر الأشهر والسنة أكثره .

وقال سحنـون في «كتاب ابنه» : في من ملك ببيع الفـاكهة وأقام بينة بـعدم الصداق ، وقامت الزوجة بالفراق وقال الزوج : أجلوني،فلا يؤجل مثل هذا لأنه لا يرجى له شيء .

وقال مالك في « مـختصر ما ليس في المخـتصر » : إن أعسر بالصـداق قبل البناء فإن عرف بالخـلابة فرق بينهما وإن كـان من أهل الهيئـة والحال انتظر به ، يريد في الأولى أنه يفرق من غير أجل . انتهى .

وذكر المتيطي الذي اختاره الموثقون في مقدار الأجل : ثلاثة عـشر شهراً ، ستة أشهر ، ثم أربعة ، ثم شهران ، ثم شهر ، ونقله ابن سحنون .

ولمالك في « المختصـر » :أنه يضرب له السنة والسنتين ثم يفرق بينهمـا وإن كان يجري النفقة ، وإذا ضرب الأجل فقال ابن مـالك في « أحكامه » : لا يعد اليوم الذي يكتب فيه الأجل .

خلـيل : ولا يبعد أن يختلف فيه لعهدة السنة والكراء ونحوهما ، واختلف الشيوخ في قول ابن القاسم في « المدونة » الذي حكيناه عنه في صدر المسألة ، ففهم منه فضل: أنه إذا لم يرج له شيء لا يضرب له أجل ، وحكى ذلك ابن القاسم ، وفهـمه الأكثر على التلوم في الجميع كما قاله ابن حبيب .

عياض والمتيطي : وهو الصواب .

واعلم أنه إن كانت الزوجة ثيبا فالحق لها دون أبيها وإن كانت بكراً فهل للأب ذلك وإن لم تطالبه ألبتة .

المتيطي وغيره : ظاهر « المدونة » يدل أن ذلك للأب ، قال : وإليه ذهب بعض شيوخنا وقال : إنه مقتضى المذهب .

وقال أبو المـطرف الشعبي : وكـما له أن يجـبرها على النكـاح كذلك له جبـرها على

الدخول وتسليمها لزوجها ، وذهب ابن عتاب وابن رشد وغيرهما إلى أنه ليس له ذلك إلا بتوكيلها على ذلك .

وقوله : ثم يعرف فإن ضرب الأجل ولم يقدر عن الصداق وعجز عن جميع الصداق أو بعضه فرق بينهما بطلقة .

وَفِي نِصْفِ الصَّدَاقِ حِينَئِذٍ قَوْلانِ

أي : حين التفريق بالإعسار بالصداق ، وظاهر المذهب الوجوب لاحتمال أن يكون أخفى ماله ، وهو قول ابن القاسم وابن وهب وأصبغ وابن عبد الحكم ، والقول بأنه لا يلزمه شيء لابن نافع؛ لأن الفراق جاء من قبلها .

بِخِلافِ الْمَجْنُونِ يُطَلَّقُ عَلَيْهِ

أي : إذا ردته بجنونه فلا شيء لها بالاتفاق لأنه فراق جاء من جهتها ويشارك المجنون كل من به عيب كالخصي والمجبوب والعنين والمختارة لعتقها ، والفرق للمشهور هو ما تقدمت الإشارة إليه وهو إتمام المعسر على إخفاء المال ، فيكون الطَّلاق من جهته .

فَإِنْ وَطِئَهَا لَمْ يَبْقَ لَهَا إِلا الْمُطَالَبَةُ

يعني : أن ما ذكرناه من التطليق بالإعسار بالصداق وفي معناه التفريق للنفقة إنما هو إذا كان قبل الوطء ، وأما إن وطئها فلا تطلق عليه بذلك وليس لها إلا المطالبة .

وَإِذَا قَبَضَتْهُ أُمْهِلَتْ قَدْرَ مَا يُهَيِّئُ مِثْلُهَا أُمُورَهَا فِيهِ

لما قدم أنه يجب على المرأة تسليم نصيبها بإعطاء مهرها ، بَيَّنَ هنا أنها تمهل (**قَدْرَ مَا يُهَيِّئُ مِثْلُهَا أُمُورَهَا فِيهِ**) أي : من الشراء لما يصلح لجهازها والمرجوع في ذلك إلى العادة .

فرعان :

الأول : إذا غاب وليها وأراد الزوج البناء ففي الضرر قال بعض المعتبرين : إذا كان الولي قريباً أعذر إليه في ذلك ، فإن أتى أو جاوب بالآيات عن قرب لمثل ما تجهز فله ذلك، وإن لم يرجع أو كان بعيداً قَضي للزوج بالبناء ، ولم ينتظر رجوع الأب .

الثاني : إذا نكحها ببلد وشرط عليها البناء ببلد آخر فقال بعد الأندلسيين : على الولي حملها إلى بلد البناء ومؤنة الحمل عليه والنفقة إلى وقت البناء وإن كانت ثيباً كان ذلك عليها إلا أن يشترطوه على الزوج فيكون عليه ، قالوا : ولو كان على الطوع لكان أحسن.

وَلا تُمْهَلُ لِحَيْضٍ

إذ له الاستمتاع بما فوق الإزار .

وَتُمْهَلُ للصِّغَرِ والْمَرَضِ الْمَانِعَيْنِ مِنَ الْجِمَاعِ

إذ لا منفعة له في الدخول ، قال في « المدونة »[١] في الذي شرطوا عليه الدخول إلى سنة : إن كان لصغر والاستمتاع أهلها لتغذية الزوج بها فلذلك لازم وإلا بطل الشرط ، وقال أصبغ : ما ذلك بالقوي إذا احتملت الوطء .

وقال في « العتبية » و « الموازية » : إذا اشترطوا عليه خمس سنين فبئس ما فعلوا ، والنكاح جائز والشرط باطل .

وَلَيْسَ لِوَلِيِّ النِّكَاحِ قَبْلَ الصَّدَاقِ إلا بِتَوْكِيلٍ خَاصٍّ بِخِلافِ وَكِيلِ الْبَيْعِ

يعني : إذا وكلت المرأة وليها على عقد نكاحها لم يستلزم ذلك التوكيل على قبض الصداق ، وإنما له قبضه إذا وكلت عليه ، وأما وكيل البيع فوكيل على قبض الثمن وفرق بينهما بوجهين :

أحدهما : أن العادة جارية بقبض الوكيل في البيع دون النكاح .

الثاني : أن الوكيل في البيع لما كان يدفع المبيع كان له قبض الثمن ووكيل النكاح لا يدفع العوض الذي هو البضع ، فلا يكون له قبض عوضه .

وقوله : (**إلا بِتَوْكِيلٍ خَاصٍّ**) أي : في حق من يصح منه التوكيل ، لأن البكر لا تتولى قبض الصداق كما سيأتي ، فلا توكل على قبضه .

فَإِنْ فَعَلَ ضَمِنَ فَتَتْبَعُهُ أَوِ الزَّوْجَ

أي : فإن قبض من ليس له القبض فإنه يضمن ؛ قاله في « المدونة »[٢] ابن القاسم ، وإنما ضَمَّنَه مالك لأنه كان متعدياً في القبض إذا لم توكله البنت على قبضه ، فكان كدين لها على رجل قبضه الأب بغير أمرها فلا يبرأ الغريم والأب ضامن ، ولها أن تتبع الغريم ، وقيد ابن حبيب ضمان الأب بما إذا لم يكن رسولاً للزوج ، قال : وأما إن كان رسولاً له فلا يضمن وهو ظاهر ؛ لأنه إذا كان رسولاً له فهو أمينه ؛ ولهذا أنكر سحنون الضمان

---

(١) « المدونة » (٤/٢٥٣) .

(٢) « المدونة » (٤/٢٢٧) .

هنا، قال : لأنه إن كان رسـولا من الزوج فهو أمينه وإن كان من الزوجة فـلا يضمن أيضاً لأنه وكيلها .

وأجيب: لعله قبـضه من غير إرسـال من الزوج ، ولا توكيل من المرأة بل لأنه يظن أنه له القبض والزوج يعتقد ذلك ، كالوكيل على بيع سلعة وفيه نظر حينئذ لأن الزوج سلط على ماله جهلاً منه كمن أثاب من صدقة ، بل الولي أقوى شبهة منه .

وقوله : (فَتَتْبَعَهُ أَوِ الزَّوْجَ) الزوج معطوف على الهاء فهو منصوب ، يعني : إذا قبض من لم يكن له القبض تبعته المرأة إن شـاءت أو تبعت الزوج ، لأن الزوج لم يبر بدفعه إلى غير صاحب الحق وكـيله ، ويحتمل أن يضبط (الـزَّوْجَ) بالرفع ، أي : فتتبـعته هي لأن الزوج إذا لم تبـرأ ذمته ورجـعت على الزوج ، كان للزوج الرجـوع عليه بما قـبض منه ، وللمرأة أن تتبعه لأنه غريم غريمهـا ، وفي هذا الوجه الثاني العطف على الضمير المرفوع ، وقد حصل شرطه وهو الفصل بمفعول (تَتْبَعُهُ) .

وَأَمَّا قَبْضُ الْمُجْبِرِ أَوِ الْوَصِيِّ فَمَاضٍ

يعـــني : أن ما قـدمه إنما هو في الولي غير المجـبر والوصي ، وأما همـا فلا يعطى الصداق إلا لهما .

وفي قوله : (مَاضٍ) إيهام أنه لو قبضته هي لجاز وليس كذلك .

فَإِنْ ادَّعَيَا التَّلَفَ ولا بيِّنَةَ عَلَى الْقَبْضِ فَفِي رُجُوعِهِمَا عَلَى الزَّوْجِ قَوْلانِ

قيد القولين بقوله :(ولا بيِّنَةَ) ؛ لأنه لو قامت البينة على القبض لم يكن للزوجة كلام، وأما إذا لم تقم بينة ، فقال ابن القاسم : الأب مصدق في الضياع وهو من الابنة .

المتيطي : قال بعض الموثقين: وهو دليل «المدونة» وبه الحكم .

ابن عـبدوس : وهو أصل ابن القاسم في الوكيل المفوض أو الوصي يقر أحدهما بقبض الدين ويدعي التلف أنه يُقبل قوله .

ابن يونس : وهو القياس ؛ لأن الأب الذي له قبضه بغير توكيل عليه أقر بقبضه فوجب أن يبرأ بذلك الزوج كوكيل البيع فإنه مصدق ، وصوبه أيضاً ابن شبلون وابن محرز .

ابن شـبلون : لأن مالكاً ذكر في كتاب الديات والشـهادات أن الوصي إذا أقر بقبض ما على الغرماء وضاع أنه يصدق ويبرأ الغرماء ، فالأب في إقراره بقبض صداق ابنته وضياعه

أحرى أن يصدق ، والقول بعدم براءة الزوج لمالك في « الموازية » ، قال : عليه دفعه ثانية ولا شيء للزوج على الأب ، وبه قال ابن وهب وأشهب وأصبغ وابن حبيب .

القابسي : وهو أصوب ؛ لأن الأب يتهم أن يكون وضع الصداق من غير طلاق ، ولأن من حق الزوجة ألا تسلم سلعتها إلا بقبض ثمنها .

ابن يونس : وهذا القول أحوط ، وهو جار على مذهب « المدونة » .

وحكى بعضهم قولاً ثالثاً: ببراءة الأب وعدم براء الوصي ، فإذا قلنا بتصديق الأب وبراءة الزوج ـ وهو الظاهر ـ فقال غير واحد من الموثقين : على الأب اليمين لحق الزوج في تجهيز زوجته بالمهر ،كان الأب مشهوراً بالصلاح أم لا ، ولم يبينوا هل القبض ببينة أو بغير بينة.

بعض الموثقين : وكلاهما عندي سواء ، قيل : والوصي ملحق به في ذلك .

فروع مرتبة :

الأول : لو طلقها الزوج قبل البناء وكان لها مال يوم دفع صداقها إلى أبيها كان نصفه في مالها وإن لم يكن حينئذ مال ، فمصيبته حينئذ من الزوج ولو حدث لها مال بعد ذلك، قاله ابن عبدوس .

الثاني : إذا ادعى الأب أنه دفع إليها الصداق عينا لم يبر بذلك ؛ لأن البكر لا يدفع لها العين وإنما يريد أن يشتري به جهازاً ، ابن حبيب : والموثقون ويبرئ الأب من الجهاز ثلاثة أوجه :

الأول : أن يدفعه إلى الزوجة ويشهد الشهود على معاينة القبض ، كان الدفع ببيت البناء أم لا .

الثاني : أن يحضره بيت البناء ويوقف الشهود عليه .

الثالث : أن يوجه ذلك إلى بيت البناء بحضرة الشهود بعد أن يقدموه ويعاينوه ولا يفارقوه حتى يوجه إلى بيت البناء فإنه يبرأ وإن لم تصحبه البينة إلى البيت .

ابن حبيب : وليس للزوج أن يدعي أن ذلك لم يصل إلى بيته وإن ادعاه لم يسمع .

قال بعضهم : ويكفي في قبضها معاينة الشهود دون نطقها بالقبض .

الفرع الثالث : إذا قامت البينة على إقرار الأب والوصي بقبض الصداق ثم ادعى أنه لم يقبض ، وقال : ظننت به الخير فلذلك أشهدت له بالقبض ، ففي تحليف الزوج ثلاثة

أقوال : قال في « الموازية » : يحلف ، وبه قال أصبغ وابن حارث وابن لبابة؛ لأن ذلك مما يجري بين الناس ، وحكى ابن حبيب عن مالك وأصحابه أنه لا يحلف إلا أن يأتي الأب بسبب يدل على ما ادعاه ويقع على الزوج تهمة فيحلف ونحوه لابن عبد الحكم ، قال : ولو جاز له تحليفه لما كان للوثائق معنى .

المتيطي : والذي جرى به العمل بين المفتين وقاله غير واحد من الموثقين : إن قام الأب على قُرب من تاريخ النكاح كالعشرة أيام ونحوها حلف ، وإن قام على بُعد لم يلزمه .

وَيَتَقَرَّرُ كَمَالُ الْمَهْرِ بوطْءِ الْبَالِغِ أَوْ مَوْتِ أَحَدِهِمَا ، وَفِي تَقْرِيرِه إِذَا افْتَضَّهَا بِالأُصْبُعِ قَوْلانِ ، وكَذَلِكَ طُولُ الْمُقَامِ عَلَى الْمَشْهُورِ ، وَفِي تَحْدِيدِه بِسَنَةٍ أَوْ بِالْعُرْفِ قَوْلانِ ....

يعني : أنه يجب جميع المهر على الزوج بأحد ثلاثة أشياء :

الأول : وطء الزوج البالغ الحلم ثم زوجته البالغة حد الوطء كما تقدم .

وقوله : **(بوطْءِ الْبَالِغِ)** ، مصدر مضاف إلى الفاعل ، والمراد : بلوغ الحلم ، يريد ويشترط أن تكون المرأة مطيقة للوطء .

الثاني : موت أحدهما إما الزوج أو الزوجة .

الثالث : طول المقام بعد البناء على الرواية المشهورة ، وروي عن مالك : ليس لها إلا نصفه بناء على أن طول المقام يتنزل منزلة الوطء أولاً ، لقوله تعالى : ﴿ **وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ** ﴾ [البقرة : ٢٣٧] .

وفي المسألة قول ثالث : أن لها النصف وتعاض من تلذذه بها ، وقد تقدم أن في مسألة المغترض قولاً بالتكميل وإن لم يطل .

وقوله : **(وَفِي تَحْدِيدِهِ .. إلخ)** ، تصوره ظاهر ، والتحديد بالعام مذهب « المدونة » .

فرع :

فإن أصابها بأصبعه ، فإن كانت ثيبا فلا شيء لها ، وإن كانت بكراً أو افتضها به فاختلف قول ابن القاسم في « العتبية » في تكميل الصداق عليه ، ومال أصبغ إلى عدم التكميل واستحسنه اللخمي ، وعليه فيكون عليه أرش البكارة .

وَدُخُولُ الْمَجْبُوبِ والْعِنِّينِ كَوَطْءِ غَيْرِهِمَا

أي : فيكمل الصداق عليهما وإن لم يطل مقامهما ، وحكى اللَّخْمِيّ عن المغيرة أن

الصداق إنما يكمل في المجبوب ومن في معناه بشـرط الطول وفيه بعد ؛ لأن من هذا حاله دخل على عدم الإصابة وقد حصل قصده بخلاف المعترض .

وَالْمَذْهَبُ: أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهَا فِي الْوَطْءِ إِذَا خلا بهَا خَلْوَةَ الاهْتدَاء ، وَلَوْ كَانَتْ مُحْرِمَةً أَوْ حَائِضاً أَوْ فِي نَهَارِ رَمَضَانَ ، وكَذَلك الْمَغْصُوبَةُ تَحْتَمِلُ بِبَيِّنَةٍ وتدَّعِي الْوَطْءَ لَهَا الصَّدَاقُ كَامِلاً ، وَلا حَدَّ عَلَيْه ، وقِيلَ : إِنْ كَانَتْ بِكْراً نَظَرَ النِّسَاءُ ...

يـعنـي : إذا اختلف الزوجان في الإصابة فإن ادعـتها المرأة وأنكر ذلك الرجل فالقول قولها إذا خلا بها خلوة اهتداء إذا خلي بينه وبين امـرأته ، وهو مراد علمائنا بإرخاء الستر، وليس المراد إرخاء ستر ولا إغلاق باب ، قاله ابن أبي زمنين .

وبالغ المصنف في تصديقها بقوله : (**وَلَوْ كَانَتْ مُحْرِمَةً أَوْ حَائِضا أَوْ فِي نَهَارِ رَمَضَانَ**) وهكذا قال في « المدونة »[1] ولعل المصنف نسب المسألة للمذهب تبرياً من تصديقها بقوله: (**وَلَوْ كَانَتْ مُحْرِمَةً**) مع قيام المانع الشرعي ، ورأى أن ذلك كالمخالف لأصل المذهب في اختلاف المتبايعين وغيرهما أن القول قول مدعي الصحة .

وأجـيب: بأنه إنما رجح مدعي قول الفساد هنا ؛ لأن الحامل على الوطء أمر جبلي ، لأن العادة أن الرجـل إذا خلا بامرأته أول خلوة مـع الحرص عليهـا والتشـوف إليهـا قلما يفارقهـا قبل الوصول إليهـا ، ورأى بعضهم أنها لا تصـدق مع المانع الشرعي إلا على من يليق به ذلك، وأما الصـالح فلا ، ولم يتعـرض المصنف لقبول قـول المرأة هل بيمين وهو الظاهر ، وهو قول ابن المواز قال : فإن نكلت حـلف الزوج ولم يلزمه إلا النصف أو بغير يمين وهو قول ابن المعذل ، وحكاه القنازعي عن ابن القاسم .

ابن بشير : ومنشأ الخلاف هل الخلوة كشاهد أو شاهدين .

وقـوله :(**وكَذَلكَ الْمَـغْصُوبَةُ تَحْـتَمِلُ** ... إلـخ) ، نحـوه في «المدونة» ، زاد في «الواضحة» : بيمين .

وعن مالك فـي التي تعلقت برجل وهي تدمي أن لها الصـداق بغيـر يمين، واستـحسنه اللخمي ، واختار ابن يونس وغيره الأول ، وإنما ثبت الصداق ولم يثبت الحد ؛ لأن الشرع جعل لإثبـات الحقوق الماليـة طريقا غير طريق إثـبات الزنى ، ويكفي في البينة التي تشـهد باحتمال المغصوبة اثنان ، وفي « العتبية » ما في ظاهره : أنه لا يكتفي إلا بأربعة .

---

(١) « المدونة » (٤/ ٢٦٤) .

ابن عبد السلام : وليس بصحيح .

ابن المواز : وعليه الأدب الوجيع .

قوله : **(وقِيلَ : إِنْ كَانَتْ بِكْراً نَظَرَ النِّسَاءُ)** : هذا القول مقابل المذهب ، أي : المشهور قبول قول المـرأة في دعواها الوطء مطلقاً بكراً كانت أو ثيبـاً ، وقيل : ينظر النساء البكر ، وما ذكره المصنف من الخلاف في البكر هي طريقة اللَّخْمِيّ وابن بشير وغيرهما ، وعن ابن بشيـر الشاذ لمالك من رواية ابن وهب وإسـماعـيل بن أبي أويس ، وبعضهـم جردها على الخلاف كالثيب .

وَفِي خَلْوَةِ الزِّيَارَةِ : مَشْهُورُهَا قَوْلُ الزَّائِرِ مِنْهُمَا لِلعُرْفِ بِخِلافِ خَلْوَةِ الاهْتِدَاءِ

واختلف إذا ادعت عليـه الوطء في خلوة الزيارة وأنكره ، فحكى الـلَّخْمِيّ وابن يونس وغيرهما أربعة أقوال :

الأول : أن القول قولها قياسا على الفرع المتقدم .

الثاني : أن القول قوله ، والفرق أن خلوة الاهتداء تنتشط فيها النفوس بخلاف الزيارة.

الثالث : وهو المشهور : إن زارته فالقول قولها لأن العرف أن الرجل ينتشط في بيته وإن زارها فالقول قوله لأن العرف أنه لا ينتشط إليها ، وهذا معنى قوله :**(لِلْعُرْفِ)** .

الرابع : الفرق بين البكر والثيب كما تقدم ، ولعل المصنف استغنى عنه بما قدمه .

وَيُقْبَلُ قَوْلُهَـا فِي الْوَطْءِ - لَهَا وعَلَيْهَا - وإِنْ كَانَتْ سَـفِيهَةً أَوْ بِكْراً صَغِـيرَةً أَوْ أَمَةً عَلَى الْمَشْهُورِ لأَنَّهُ لا يُعْرَفُ إلا بِقَوْلِها ...

يعـني : أن قولها يقبل سواء ادَّعت الوطء كما تقدم أو نفيه ، ولا خلاف في ذلك إن كانت ثيبا رشـيدة ، واختلف في السفيهـة والبكر الصغيرة والأمة ، فالمشـهور أنهن كذلك لأنه لا يعرف إلا بقولها فتصدق فيه كما تصدق في انقضاء العدة .

والقول بأن السفيهة لا يقبل قولها لمطرف فـي «الثمانية» ؛ لأنها تسقط حقا وجب لها ، وقال سحنون في السـفهية والأمة : وقـد تقدم أن الكبيرة لا تأخذ الصـداق إلا بعد اليمين على الظاهر ، وأما الصـغيرة فـلا تحلف في الحال ، ويقال للزوج : احلف فـإن نكل غرم

الجميع ، وإن حلف دفع النصف فإن بلغت حلفت وأخذت النصف الآخر ، وإن نكلت لم يحلف الزوج ثانية ، وبالجملة فهي كالصغيرة يقوم لها شاهد ، وقيل: لا يمين على الصغيرة بخلاف الكبيرة وهو بيِّن .

وإِذَا أَقَرَّ بِهِ وأَنْكَرَتْهُ ثُمَّ أَبَانَهَا فَلَهَا تَكْذِيبُ نَفْسِهَا لِلْمَهْرِ

تصوره ظاهر .

ابن عبد السلام : وليس لقوله : **(ثُمَّ أَبَانَهَا)** كبير فائدة ، وفي المسألة ثلاثة أقوال :

الأول : لمالك في « العتبية »[1] ـ وهو قول سحنون في « نوازله » ـ: لها أن تأخذ الجميع وإن بقيت على إنكارها لاعترافه بذلك .

الثاني : ليس لها إلا النصف وإن رجعت إلى قوله إلا أن يشاء لإقرارها لأنها لا تستحق إلا النصف .

الثالث : أن لها ذلك بشرط أن ترجع إلى قوله ، وهو قول لسحنون وغيره من الأشياخ، وبه فسر «المدونة» ، وهو الذي اقتصر عليه المصنف .

ابن بشير مفرعاً على هذا القول : وهذا ما دام مقراً بالوطء ، فإن أنكر أيضاً فلا صداق لها .

قال الأشياخ : ومن سبق منهما بالرجوع إلى قول الآخر قُبِل قوله وحكم بمقتضاه ، انتهى. يريد ولا يلتفت إلى رجوعه بعد ذلك .

ابن راشد : ولو كانت سفيهة لم يقبل قولها ووجب لها صداقها ، وقاله ابن محرز في خلوة الزيارة ، وأشار إلى أنه لا يختلف فيه ، وذلك في خلوة البناء آكد وأوجب. انتهى.

خليل : وفيه نظر ، وليس في كلام ابن محرز ما يقتضي الاتفاق ، وقد حكى اللَّخْمِيّ وغيره في البكر قولين :

أحدهما : أنها كالثيب وهي بالخيار أو وليها في أخذه .

والثاني لمطرف : لا خيار لها وعلى وليها قبض ذلك .

اللَّخْمِيّ : وهو أحسن إذا كانت خلوة بناء وإن كانت خلوة زيارة لم تأخذه إلا أن تصدقه ، وحكى ابن عبد السلام في الأمة والسفيهة القولين .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٥/ ٧٠) .

وَيَتَشَطَّرُ الْمَهْرُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الْمَسِيسِ ، وَيَسْقُطُ الْجَمِيعُ بِالْفَسْخِ قَبْلَهُ ، وَفِي سُقُوطِهِ لاخْتِيَارِهَا لِعَيْبِهِ قَوْلَانِ ...

أما تشطره فلقوله تعالى : **﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾** [البقرة : ٢٣٧] .

وقوله : ويسقط الجميع بالفسخ قبله ، يستثنى من ذلك: نكاح الدرهمين كما تقدم هذان القولان في آخر العيوب .

وَزِيَادَتُهُ وَنُقْصَانُهُ لَهُمَا وَعَلَيْهِمَا عَلَى الْمَشْهُورِ - كَثَمَرِ الْحَائِط ، وَغَلَّةِ الْعَبْد ، وَوَلَدِ الأَمَةِ ، وَمَا يُوهَبُ لَهُمَا ، وَنَتَاجِ الْحَيَوَانِ ، وَغَلَّتِه - لأَنَّ ضَمَانَهُ إِذَا طَلَّقَهَا مِنْهُمَا . وَقِيلَ : لَهَا وَعَلَيْهَا بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ تَبَيَّنَ بَقَاءِ مِلْكِهِ عَلَى نِصْفِهِ أَوْ رَجَعَ بَعْدَ أَنْ مَلَكَتْهُ ...

ما ذكر أن المشهور وهو مذهب ابن القاسم في « المدونة » في كتاب النكاح الثاني والزكاة الثاني منها ، والقول بأن الغلة لها والنقصان عليها لعبد الملك .

وقوله : (**كَثَمَرِ الْحَائِط** ... إلخ) هي أمثلة للزيادة ، وعطف المصنف نتاج الحيوان على غلته يدل على أن الولد ليس بغلة وهو المشهور في المذهب خلافاً للسيوري في قوله: إن الولد غلة ، وقد نص في « المدونة »[1] على أن ولد الأمة ونسل الحيوان يكون في الطَّلَاق بينهما .

ابن الكاتب : فوجه قول ابن القاسم قوله عليه الصلاة والسلام : « الخراج بالضمان » ، فلما كان ضمان هذه الأشياء قبل البناء منهما بإجماع أصحاب مالك ، كانت الغلة بينهما ، ووجه قول غيره أنه لما كانت لو هلكت هذه الأشياء قبل النكاح كان للزوج أن يدخل ولا شيء عليه بإجماعنا ، كان الصداق في يدها أو في يد الزوج ، صح أن ضمانه من الزوجة فوجب أن تكون الغلة لها ، وقول ابن القاسم أصح لأن ملك الزوجة للصداق ملك غير مستقر قبل البناء ، وإذا وقع البناء صح ملكها ووجب عليها ضمانه ولها غلته ، فإذا طلق الزوج قبل البناء صح ملكها للنصف وملكه للنصف ، فوجب أن تكون الغلة بينهما ونحوه لابن يونس ، ووقع لابن القاسم في الرهن من « المدونة »[2] ما ظاهره موافقة هذا القول

---

(١) « المدونة » (٨/ ٣٥٥) .

(٢) « المدونة » (١٤/ ٣٠٩) .

لأنه قال : ومن رهن امرأته رهناً قبل البناء بجميع الصداق جاز ذلك ، لأن عقد النكاح يوجب لها الصداق كله إلا أن تطلق قبل البناء ، ويمكن تأويل هذا على أنها تملك الجميع ملكاً ظاهراً لا حقيقة ، ألا ترى أن لها الهبة والبيع والصدقة والإعتاق بشرط أن يكون ذلك ثلث مالها فأقل ، ولهذا أوجب عليها في « المدونة » زكاة الفطر ، وقول المصنف لأن ضمانه إذا طلقها منهما هو توجيه لابن القاسم لأن القائل الآخر يوافقه على ذلك .

الضمير في قوله المصنف : (أَوْ رَجَعَ) عائد على النصف ، التقدير : أو رجع النصف للزوج بعد أن ملكته ، وهذا ينبني على أن المرأة تملك الجميع بالعقد ، وهذا الكلام كله يقتضي أن المشهور أن المرأة تملك بالعقد النصف وهو خلاف ما شهره صاحب «الجواهر»(١) وابن راشد فإنهما قالا : المشهور لا تملك المرأة بالعقد شيئاً .

وعلله ابن راشد بجواز طروء الفسخ ولو تقرر لها شيء لما سقط ملكها عنه .

ويقع في بعض النسخ : (**وزيادته ونقصانه له وعليه**) ، ولعل ذلك ليوافق كلامه في «الجواهر» .

والصحيح هنا ما قدمناه ، وفي كلام صاحب « الجواهر » نظر لمخالفته « للمدونة » ، ثم إن البناء الذي ذكره المصنف لا يوافق هذه النسخة .

واختلف إذا أصدقها جارية ثم وطئ تلك الجارية قبل البناء ، فهل يحرم أم لا ؟ بناء على القولين اللذين ذكرهما المصنف .

وَفِي مَعْنَى الصَّدَاقِ مَا يَنْحَلُهُ الزَّوْجُ الْمَرْأَةَ أَوْ لِوَلِيِّهَا فِي الْعَقْدِ أَوْ قَبْلَهُ لأَجْلِهِ إِذَا شَرَطَهُ لأَنَّ لِلزَّوْجَةِ أَخْذَهُ مِمَّنْ نَحَلَهُ ...

أي : يلحق بالصداق في التشطير ما ينحله ، أي : يهبه الزوج للمرأة أو وليها أو غيرهما في العقد أو قبله إذا كان ذلك على شرط النكاح لأن الهبة للجميع ، والنكاح داخلة في العوض ، واستدل المصنف على ذلك بأن للزوجة أخذه ، ولو لم يجب لها لم يكن لها أخذه .

ابن حبيب : ولو أن المرأة أجازت ذلك لوليها ثم طلقها الزوج قبل البناء رجع الزوج بنصف ذلك الحباء على وليها أباً كان أو غيره ، كانت المرأة مولى عليها أم لا ، ثم للمرأة

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٤٨٤) .

أن تأخذ النصف الآخر إن كانت مولى عليها ، والدليل على أن لها أخذه ما خرجه أبو داود عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ ، قال : « **أيما امرأة نكحت على صداق أو حباء أو عدة قبل عصمة النكاح فهو لها ، وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطيه ، وأحق ما أكرم عليه الرجل : ابنته أو أخته** » .

وفي «**الموطأ**»(١) : أن عمر بن عبد العزيز كتب لبعض عماله أن ما اشترطه الولي من الحباء فهو للمرأة إن أحبته .

واحترز المصنف بقوله : في العقد أو قبله ، مما بعد العقد فإنه للولي كما نص عليه في الحديث وكذلك نص عليه في « البيان »(٢) .

فروع :

الأول : لا إشكال في الهدية المشترطة في العقد أنها كالصداق تتشطر بالطلاق ويلزم الجميع بالموت أو بالدخول ، وإن لم تشترط فاختلف قول مالك في « العتبية » ، هل يقضى بما جرى العرف أن يهدى عند الأعراس ، واختار ابن القاسم عدم القضاء ، قال : ومما يبين ذلك لو مات أو ماتت لما كان لها فيه شيء فهذا يدلك أنه لا يقضى له وإن كان ذلك مما جروا عليه .

وسئل ابن عتاب عن الهدية التي يهديها الأزواج للزوجات كالخفين والجوربين ونحوهما، هل يقضى على الزوج به إن امتنع ، فقال : يقضى بهما عليه على قدره وقدرها وقدر صداقها وليس عليها أن تثيبه إلا أن تشاء قيل : فهل يقضى عليه بالعرس والأجرة للخلوة المتعارفة عندهم ، فقال : لا يقضى عليه بذلك إن امتنع منه ويؤمر ولا يجبر .

ابن القاسم : ولا تلزمه الوليمة إن أباها لأنها حسنة وليست بواجبة وبه قال ابن لبابة .

وقال أبو الأصبغ : الصواب عندي أن يقضى بالوليمة لقوله عليه الصلاة والسلام لعبد الرحمن : « أولم ولو بشاة » مع العمل به عند الخاصة والعامة ، بخلاف ما يعطى للمشاطة على الجلوة هذا مما لا يقضى به عندنا ولا بأجرة ضارب ولا كبر .

---

(١) « الموطأ » (٢/٥٢٧) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٥/٩٢) .

خـليـل : وينبغي أن يجري على هذا الخلاف مـا يهديه الأزواج للزوجات في المواسم كعيد الفطر والأضحى ، والظاهر القضاء لأن العرف عندنا كالشرط .

الفرع الثاني مرتب ، اختلف على القول بالقضاء بالهدية على قولين :

الأول : لابن حبيب أنها تجري مجرى الصداق في التشطير بالطلاق والتكميل بالموت .

والثـاني : لمالك إبطالهـا عن الزوج في الموت والطلاق ، وعلى قيـاس قوله هذا ؛ إن طلق بعد أن دفعها لم يرجع بشيء منها ، وعلى القول بعـدم القضاء بها فهي هبة لابد لها من حيازة وتكون كالهدية المتطوع بها بعد عقد النكاح .

واختلف في المتطوع بها بعد العقد ، فحكى المتيطي في رجوع النصف إليه إذا طلق قبل البناء قولين : ظاهر المذهب: أنه لا شيء له وإن كـان قائماً لأنه طلق باختـياره ، قاله ابن القاسم ورواه ابن نافع عن مالك .

والثاني لمالك أيضاً : أنه إن طلق قـبل البناء رجع بنصفها ، وإن طلق عليه لعـدم النفقة فأجراها بعضـهم على القولين في القضاء للمرأة حينئـذ بنصف الصداق ، فمن أوجب لها النصف لم يجعل له رجوعـاً في الهبة ومن لم يحكم بالنصف جعل له الرجوع فـيه بشرط قيامها ، وإن كان النكاح فاسداً وفسخ قبل البناء فقال ابن القاسم : له ما أدرك من هديته، وإن فسخ بعـد البناء فقال أصبغ : إن أهداه قـبل البناء فلا شيء له وإن وجدها قـائمة لأن الذي أهدى عليـه قد وصل إليه ، ولو كـان إنما أعطاها ذلك بعـد البناء ثم فسخ نكاحـها بحـدثان ذلك فله أخذ مـا أعطاها لأنه إنما أعطاها على ثبـات الحال والعـشرة ، وإن كـان الفسخ بعد طول الزمان سنتين أو سنين فلا أرى له شـيئاً ، وإن وجدها بعينها ، لأن الذي أعطى له قد نتج وانتفع به ، فالفسخ كطلاق حادث منه .

ابن عـبـد السلام : وإن كان النكاح صـحيحـاً واطلع على عيب في المرأة فـردها قبل الدخول رجع في الهبة على ما في كتاب الصرف من « المدونة » في الذي يهب لأجل البيع خلافاً لسـحنون ، وهذا إن كانت الهبة قـائمة ، فإن دخلها نقص أخـذها على حالها ولا شيء له ، وإن زادت كان لها أن تدفع قيمتها يوم أعطاها ، قال بعضهم : والقياس أنها له بزيادتها وإن فاتت بهلاك ، فمن الشيوخ من قال : لا شيء عليها ، كمن أثاب عن صدقة ظناً منه أنه يلزمه ، ومنهم من أنكر هذا التشبيه .

الثـالث : إذا شوَّر الأب ابنته بجهـاز من ماله أو وهب لها ذلك وأورده بيت البناء صح للبنت ملك الهبـة حيـاً أو مـات أو إيراده في بيت البناء مـن أعظم الحيـازة بل لهـا ذلك بالإشهاد وإن لم يجزه في بيـتها ، فقد سئل ابن أبي زمنين عن الجـارية البكر تتخذ الشورة في بيت أبيها بصنـعة أو يد أمها أو يشري ذلك لهـا أبوها ثم يموت الأب فيريد ورثة الأب الدخول مع الابنة ، فقال : أما ما كان من ذلك قد سماه لها وأشهد أنه شورة لابنته أو لم يشهد عليه إلا أن الورثة يقـرون أن ذلك كان لابنته مسمى ومنسوباً إليـها فلا دخول للورثة فيه ، وحوز مثل هذا أن يكون بيـد الابنة أو الأم لا يستطاع حوزه إلا بمثل هذا ؛ لأنها لو كلفت كلما عملت شيئاً أو اشترى لها أبوها شيئاً أن يخرجه الأب لشق ذلك لأنه مما يستفاد شيئاً بعد شيء .

الـرابـع : لو أشهد أن الذي شـوَّر ابنته به إنما هو على وجه العاريـة نفعه ذلك وله أن يسترده متى شاء ولو طال ذلك وإن جهزها ولم يـصرح بهبة ولا عارية ثم ادعى أنها عارية عندها ، فإن قـام عن قرب من البناء فالقـول قوله مع يمينه كان مـا ادعاه معـروفاً له أم لا سواء أقرت بذلك البنت أم لا إذا كـان فيما ساق لزوجهـا وفاءً بما أعطاها سوى هذا الذي ادعاه الأب وإن بعد فلا قيام له .

قال في «الواضـحة» : وليس السنة بطول ، وقال غير واحد من الموثقين : إن قام قبل العام فـالقول قوله بغـير يمين؛ لأن مثل هذا عرف بين الآبـاء وإن قام بعد العام أشـهراً لم يلتفت إلى قوله ، وقال أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم : العشرة الأشهر عندي كثيرة تقطع حجة الأب .

بعض المـوثقين : وإن كان قيام الأب على بعد من البناء والأصل له معروف أم لا ، ثم قام فليس له ذلك وهو للابنة بطول حيازتها ولا ينفعه إقرار الابنة إذا أنكر ذلك الزوج .

ابن الهندي : إلا أن تكون خرجت من ولاية أبيها فيلزمها الإقرار في ثلثها وللزوج مقال فيما زاد على الثلث ، ولا تقبل دعوى العـارية إلا من الأب في ابنته البكر فقط وأما الثيب فلا؛ لأنها لا رضا للأب في مالها .

وَمَا زَادَهُ فِي صَدَاقِهَا طَوْعاً بَعْدَ الْعَقْدِ فَإِنْ لَمْ تَقْبِضْهُ لَمْ تَأْخُذْ مِنْهُ فِي الْمَوْتِ شَيْئاً لأَنَّهَا عَطِيَّةٌ لَمْ تُقْبَضْ ، وتَأْخُذُهُ أَوْ نِصْفَهُ فِي الطَّلَاقِ ...

يـعـنـي : إذا زاد الرجل زوجته شيـئاً في صداقها بعد العـقد فإنه يبطل في الموت أو الفلس؛ لأنها عطية لم تقبض ، وهذا هو المشهور .

وقال ابن الجلاب[١] : القياس عندي: أن تجب لها الزيادة ،ونحوه للأبهري وغيره من شيوخنا العراقيين .

ووجهه: أنكم لما حكمتم بالتشطير للطلاق دلَّ على أن الزيادة محكوم لها بكونها من الصداق إذ لو كانت عطية لما تشطرت بالطلاق ، وإذا حكم لها بحكم الصداق يلزم ألا تبطل بالموت .

والجواب لابن القاسم : أنها عطية لكن إنما التزمها على صفة أن تكون صداقاً، فلأجل هذاأبطلناها بالموت ، وقلنا: أنه لا يلزمه في الطَّلاق إلا النصف لأنه لم يلتزم إلا ذلك .

قوله : (**وتأْخُذُهُ أَوْ نِصْفَهُ فِي الطَّلاقِ**) أو للتفصيل ، أي : تأخذه كله إن وقع الطَّلاق بعد البناء أو نصفه إن وقع قبله .

وَتَتَعَيَّنُ الْقِيمَةُ فِي الْهِبَةِ وَالْعِتْقِ وَالتَّدْبِيرِ وَالْبَيْعِ وَنَحْوِهَا يَوْمَ أَفَاتَتْهُ ، وَقِيلَ : يَوْمَ قَبَضَتْهُ بِنَاءً عَلَيْهِمَا ، أَوْ نِصْفَ الثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ ...

يعني : إذا وقع الطَّلاق بعد الفوات فإن الزوج يرجع عليها في المثلي بالمثلي ، وفي المقوم بالقيمة .

فإذا وهبت العبد أو دبرته أو أعتقته أو باعته رجع عليها بنصف القيمة يوم الإفاتة على المشهور ، وهو مذهب ابن القاسم في « المدونة » ، وقال غيره فيها: بل بنصف قيمته يوم القبض .

وقوله : (**بِنَاءً عَلَيْهِمَا**) أي : على القولين السابقين أو التعليلين ، أي : هل تملك النصف أو الجميع ؟ وهو ظاهر .

قوله : (**أَوْ نِصْفَ الثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ**) معطوف على القيمة ، أي : تتعين القيمة في الهبة والعتق ونصف الثمن في البيع ،يريد: بشرط عدم المحاباة ، ونبه بقوله : (**نِصْفَ**) على أن لفظ القيمة المذكورة أولى من باب حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه ، لأنه إن أوجب نصف الثمن في البيع فبالضرورة يجب نصف القيمة في الهبة ونحوها .

ولو قال المصنف : وتتعين القيمة في الهبة والعتق والتدبير إلخ ، وسكت عن البيع لكان أحسن ؛ لأن ذكره البيع أولاً يقتضي أنه يتعين فيه نصف القيمة وليس كذلك .

وقوله : (**أَوْ نِصْفَ الثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ**) ينافيه ولا يقال : أن (**أَوْ**) في قوله : (**أَوْ نِصْفَ**

(١) « التفريع » (١/ ٤٠٠) .

الثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ) للتخيير ، وأنه في البيع مخير في أن يرجع بنصف القيمة أو الثمن لأن النقل لا يساعده والله أعلم .

وَلا يُرَدُّ الْعِتْقُ إِلا أَنْ يَرُدَّهُ الزَّوْجُ لِعُسْرِهَا يَوْمَ الْعِتْقِ ، فَلا يُعْتَقُ مِنْهُ شَيْءٌ ، فَإِنْ طَلَّقَهَا عتقَ نِصْفُهُ كَالْمُفْلِسِ يعْتقُ ثُمَّ يُوسِرُ ، وفِي الْقَضَاء عَلَيْهَا قَوْلانِ ...

يعني : وليس للزوج رد العتق إلا أن تكون معسرة حين العتق ، يريد أو كان العبد أكثر من ثلثها فإن للزوج أن يرد ذلك ، فإن علم ولم يرد جاز لعدم إنكاره .

قال ابن القاسم في «المدونة»[1] : ولا يختص هذا بالعتق بل وكذلك الصدقة والهبة .

وقوله : (**فَلا يُعْتَقُ مِنْهُ شَيْءٌ**) ، هو كقوله في باب الحجر : (وإذا تبرعت بما زاد فله أن يجيز الجميع أو يرده) ، وقيل : أو يرد ما زاد على الثلث خاصة كالمريض سوى العتق لأنه لا يتبعض ، وظاهره: أنه يتفق في العتق على رد الجميع ، ونقل ابن يونس عن ابن القاسم قولاً بأنه يعتق الثلث وإن كره الزوج ، قال : ورواه عن مالك .

وقوله : (**فَإِنْ طَلَّقَهَا عتقَ** . . .إلخ) ، هو قول ابن القاسم وهو المشهور، ووجهه: أن المانع وهو حق الزوج قد زال .

وقال أشهب : لا يعتق منه شيء لأن الزوج رد عتقها فيه ، وعلى المشهور فنص ابن القاسم في « المدونة »[2] على أنها لا تجبر على العتق بل تؤمر به،وقال غيره : تجبر عليه .

وَيَتَعَيَّنُ مَا اشْتَرَتْهُ مِنَ الزَّوْجِ بِه مِنْ عَبْد أَوْ دَار ، أَوْ غَيْره نَمَا أَوْ نَقَصَ أَوْ تَلفَ ، وكَأَنَّهُ أَصْدَقَهَا إِيَّاهُ ، ولِذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لَهَا أَنْ تُعْطِيَهُ نِصفَ الأَصْلِ إِلا بِرِضَاهُ بِخلاف غَيْرِه ...

يعني : إذا أصدقها عيناً فاشترت به من الزوج شيئاً لا يصلح لجهازها من عبد أو دار أو نحوه فالصداق في الحقيقة ما أخذته وذكر العين مبلغاً وسواء نما ما اشترته أو نقص فيتعين ما أعطى فلا يكون له إذا فسخ إلا هو ولا إذا طلق قبل البناء إلا نصفه ، وهذا مذهب « المدونة » وقال عبد الملك : إذا طلقها قبل البناء يرجع عليها بنصف الأصل ، وقيد القاضي إسماعيل ما في « المدونة » بما إذا قصدت بأخذ ما اشترته التخفيف ، وفهمها الأكثرون على الإطلاق.

---

(١) « المدونة » (٥/ ١٤) .

(٢) « المدونة » (٥/ ١٤) .

قـوله : (ولِذَلكَ لَـمْ يَكُنْ. . .إلـخ) ، ولأجل ما قلنا من أن الصداق في الحقـيقة ما اشترته لو أرادت إمساكه ، وإعطاء نصف الأصل ، أي : العين لم يكن لها ذلك إلا برضا الزوج ، وهذا إنما ذكره في « المدونة » فيما اشترته من غير الزوج ما يصلح للجهاز لكن لا فرق .

وقـوله : (بِخَلاف غَـيْرِهِ) : ما لو اشترت من غيـر الزوج ما لا يصلح للجهاز ، فإنه يرجع عليها بنصف الأصل لتعديها بشرائها إذا لم يأذن لها فيه .

وَكَذَلِكَ مَا اشْتَرَتْهُ مِنْهُ وِمنْ غَيْرِهِ من جِهَازِ مِثْلِهَا

يعني : أن ما تقدم من مخالفة الشراء من الزوج للشراء من غيره إنما هو إذا اشترت ما لا يصلح للجهاز كما ذكرنا ، وأما إذا اشترت ما يصلح للجهاز فلا فرق بين الزوج وغيره، فلا يرجع إلا بنصفه لأنها مجبورة على شراء ذلك ، وهذا ما لم تكن ذات عيب ، وأما إن كـان بها عـيب يوجب الرد فله الخيـار في أخـذ العين أو الجهـاز ؛ لأنها كـانت في حكم المتعدي قاله اللَّخْمِيّ : وهذا إذا علم بالعيب فطلق ، ويختلف إذا لم يعلم حتى طلق .

فرع :

من حق الزوج أن يلزم الزوجة أن تتجهز بصداقهـا ، قاله مالك وجميع أصحابه إلا ابن وهب فإنه لم يـلزمها التـجهيـز به ، وحكى ابن لبابة أنـها تمسك منه ربع دينار لئـلا يعرو البضع عن صداق ، وأنكر لأنها إذا تجهزت بجميعه كان في حكم مالها .

مـالـك في «الموازية» : وإن كان العرف أن تشـتري منه خادماً فـعل ذلك ، ويلزمها أن تصرفه فيما جرى العرف به وتفعل الأوكد فإن وكد قيل : لا ، لو جعلت الجميع في طيب ثم تطالبه بعد ذلك بالكسوة لكان ضرراً علي الزوج .

اللَّخْـميّ : وإن كان الصداق داراً أو خادماً فليس عليـها أن تبيع ذلك لشورتها ، وعلى الزوج أن يأتي عند البناء بما يحتاج إليه من غطاء ووسد وهذا مع العادة ، وإن كانت العادة أن الأب يأتي بمثل ذلك أو هـي إن لم يكن أب ولم يره في الصـداق لأجل ذلك ، جـرى على الخلاف بالقضـاء بهدية العرس هل تبقى على أصله مكارمـة ويقضى به للعادة ، وإن زيد في الصداق لأجله أجبر الأب أو هي ، قال : وكذلك إن أصـدقها شيئاً يكال أو يوزن لها أن تحبسه وليس عليها أن تتشور به .

المتيطي : وقال بعض الموثقين : إن كان النقد عوضاً أو حيواناً أو طعاماً أو كتاباً أو ثياباً وجب عليها بيعه والتجهيز به ، ونص ابن زرب على أن المرأة يلزمها بيع العقار للتجهيز بثمنه كما قاله اللخمي ، وهل للأب بيع ما ساقه الزوج لها من الأصول قبل البناء ؟ حكى القاضي محمد بن بشير: أنه ليس له ذلك للمنفعة التي للزوج فيه ، وقال غيره : له أن يفعل في ذلك ما شاء على وجه النظر ولا مقال للزوج فيه ، أما إن أرادت الزوجة أو أبوها بيع المسوق إليها في صداقها وتشتري بثمنه جهازاً من حلي وغيره فليس للزوج في ذلك متكلم، رواه عيسى عن ابن القاسم في « العتبية » ، وإذا كان الصداق عيناً وحكمنا بوجوب التجهيز فإنها تمنع أن تنفق منه أو تكتسي .

مالك : إلا أن تكون محتاجة فتأكل وتكتسي بالمعروف .

قال في الديات من «المدونة»[1] : ولا تقضي منه ديناً قبل البناء إلا الشيء الخفيف كالدينار ونحوه ، وأما بعد البناء فلها قضاء دينها من شوارها وكالئ صداقها وليس لذلك بعد البناء حد ، رواه يحيى عن ابن القاسم .

ابن حارث : وأما القديم فلا ، ولا يلزم الزوجة أن تتجهز بكالئها إذا بر قبضته بإثر البناء ، فإن تأخر البناء حتى قبضت كالئها لزمها أن تتجهز به ، وإن أبت أخذه لئلا يلزمها التجهيز به ودعاها الزوج إلى قبضه والتجهيز به لزمها ذلك ، وهذا هو المشهور من المذهب، وقال بعض الموثقين : ليس عليها أن تجهز بكالئها إذا قبضته قبل البناء .

وَلَوْ أَصْدَقَهَا مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْهَا وهُوَ عَالِمٌ لم يَرْجِعْ بِشَيْءٍ ، ورَجَعَ إِلَيْهِ ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: الأَوَّلُ أَحَبُّ إِلَيَّ ...

قوله : (وهُوَ عَالِمٌ) إن علم أنه يعتق عليها كذا فسره ابن القاسم ، يعني : إذا تزوجها بمن يعتق عليها فالنكاح صحيح ولا يعتق ، ثم إن طلق قبل البناء فاختلف قول مالك ، هل يرجع عليها بنصف قيمته أم لا ؟ فوجه عدم الرجوع: أنه لما علم أن ملكها ألا يستقر عليه فقد دخل على أن لا شيء له ، وكأنه دخل على الإعانة على العتق ، فلو رجع كان في ذلك رجوعاً عما أراد ، ووجه اختيار ابن القاسم: أنه لما خرج من يده لأجل البضع ، وقد استقر ملكها عليه ، ولولا ذلك لم يصح النكاح ولم يعتق عليها وقد انتفعت بعتق

---

(١) « المدونة » (١٩٧/٤) .

قريبها فكان ذلك كاشترائها له .

قـوله : (ورَجَعَ إِلَيْـهِ) يقتضي أن مالكا قـال أولاً بالرجوع ثم رجع إلى عدمه ، وهذه المسألة في «المدونة» وليس فيها ما يدل على أوليـة الزمان وإنما ذكر الأولية بحسب الذكر ، فنقل عن مالك الرجوع ونقل بعده استحسان عدم الرجوع .

قال : وقوله (الأَوَّلُ أَحَبُّ إِلَيَّ) فالأول هنا إنما هو باعتبار الحكاية لا باعتبار الزمان ، هكذا قال ابن عبد السلام .

وحكى في « البيان »[1] الاتفاق على جواز النكاح إذا تزوجها على أبيها أو أخيها أو من يعتق عليها .

وظاهر كلام المصنف وكـلامه في « المدونة » على ما أشار إليـه فضل : أنه لا فرق في ذلك بين البكر والثـيب ، وقـال ابن حبـيب في « الواضـحة » : وقـول من كاشـفت من أصحـاب مالك ، وذكر في التنـبيهـات عن بعضهم أنه تأول «المدونة» على أنـه يعتق على البنت الرشيـدة، وأما البكر والسفـيهة فلا يجـوز ذلك للولي ؛لأن العتق ضرر ، كـما لا يجوز للوصي أن يشتري لمن يلي عليه من يعتق عليه .

ابن يونس وعـياض : وهو خير من كلام ابن حـبيب في البكر ، واعلم أن لهذه المسألة أربع صور : إما أن يعلـما ؛ أو يجهلا ؛ أو يعلم الزوج فقـط ؛ أو الزوجة فقط ، ونص اللَّخمِيّ على جريان القولين اللذين حكاهما المصنف فيما إذا علما أو جهلا ، قال : وعدم الرجوع في جهلهـما أبين ؛ لأنه بمنزلة ما لو هلك بسماوي وذكر عياض أن حـمديس فسر المدونة : بما إذا كـان الزوج عالماً وأن أكثـرهما اخـتصرهـا كذلك ولم يقيـد بعلم الزوج ، فيشكل القول بعـدم رجوعه على المرأة ، ونص ابن حبيب على أنه يعـتق عليها في الأوجه الأربعة قال : وسواء كانت بكراً أو ثيباً لما قدمنا عنه .

قال في «البيان»[2] بعد كلامه : وهذا في البكر إذا لم يعلم الأب أو الوصي ، وأما إذا علم فلا يعتق عليها .

واختلف هل يعـتق عليه هو على قولـين ، وأما إذا أعتق عليهـا ولم تعلم وعلم الزوج رجعت عليه بقيـمته لأنه غار ، وقيل : إنه لا يعتق عليـها إذا غرها به ، وترد إليه ويكون لها قيـمته أو نصف قيـمته إن طلقهـا قبل البناء ، واختلف في ذلك قول ابـن الماجشون ،

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/ ٢٧٥) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٤/ ٢٧٥) .

وقال ابن كنانة : إذا غرها يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده ، ويكون لها صداق المثل وتغرم له قيمته ويعتق عليها ، وأما إن علمت ولم يعلم الزوج فلا رجوع لها عليه ، وله هو إن لم يعلم وعلمت هي ، أو لم تعلم إن لم يكن لها مال أن يرد عتقه ليباع في جهازها ، وأن يرجع في نصفه إن طلقها قبل الدخول .

وَإِنْ جَنَى الْعَبْدُ خُيِّرَتْ فَإِنْ فَدَتْهُ لَمْ يَأْخُذْ نِصْفَهُ إِلا بِنِصْفِ فِدَائِهِ أَوْ جِنَايَتِهِ ، فَإِنْ أَسْلَمَتْهُ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ إِلا أَنْ تُحَابِيَ ...

أي : إذا جنى العبد الصداق وهو في يد المرأة خيرت في فدائه أو إسلامه ، فإن فدته فإما أن تفديه بمثل أرش الجناية أو أقل أو أكثر ، فإن فدته بمثلها أو أقل فليس له إذا طلق أن يرجع في نصف العبد إلا إذا دفع نصف ما فدته به ، وهذا معنى قوله : (**بِنِصْفِ فِدَائِه**)، وإن فدته بأكثر فلا يلزم الزوج الأكثر بل له أن يدفع نصف الجناية ويأخذ نصف العبد لأنها متبرعة بالزائد ، وهذا معنى قوله: (**أَوْ جِنَايَتِه**) فتكون (**أَوْ**) للتفصيل ؛ أي: يكون على الزوج نصف الفداء إن كان مثل أرش الجناية أو أقل ، ونصف الأرش إن فدته بأكثر ، هكذا قرر ابن راشد هذا الموضع ، ويدل عليه أنها لو أسلمته لم يرجع بشيء إلا أن تُحابي بأن تكون قيمة العبد أكثر من أرش الجناية .

قال في «المدونة»[1] : وإن أسلمته فلا شيء للزوج إلا أن تحابي ، فلا يجوز محاباتها على الزوج في نصفه .

ابن المواز : إذا حابت كان الزوج على خيار ، إن شاء أجاز دفعها وإن شاء غرم نصف الجناية وكان به نصف العبد ، وحمل ابن عبد السلام كلام المصنف على أنه إذا فدته بأكثر من الأرش لا يكون له أخذه إلا بعد دفع ما فدته به كما في المثل والأقل ، قال : لأنها كالمشترية له بالفدية ، وقد صرح الشيخ أبو محمد بخلافه ويتبين لك ذلك بكلام ابن يونس قال : ومن «المدونة» : ابن القاسم : وإن كانت المرأة قد فدته - يريد: قبل الطلاق - لم يأخذ الزوج منها نصفه إلا أن يدفع إليها نصف ما فدته به .

ابن المواز : وإن حابت .

أبو محمد : يريد: إلا أن تعطيه أكثر من الأرش ، وكذلك قال اللَّخْمِيّ مثل الشيخ أبي

(١) « المدونة » (٤/ ٢٣٠) .

محـمد ، ومعنى كلام ابن المواز : وإن حـابت ؛ أي تفديه بقيمـة الأرش وهو أكثر قيـمة العبد، كذا فسره ابن يونس وأبو الحسن .

ابن يـونس : وإنما لم يرجع في نصـف العبد إلا بعـد دفع نصف الأرش وإن كان أكثر من قيمـة العبد ، لأنها لو أسلمـته في الأرش لم يكن للزوج أن يأخذ نصـفه إلا بعد دفع نصف الأرش ، ولعل ابن عبد السلام اعتمد على ظاهر كلامه في « المدونة » ، وكلام ابن المواز.

ويقع في بعض النسخ بإثر هذه المسألة مـا نصه : ولو جنى وهو في يد الزوج فليس له دفعه ، وإنما ذلك للمرأة ، وهو كذلك فـي « المدونة » ، ووجهه ظاهر؛ لأن الصداق قبل الطَّلاق من حقوق المرأة .

وَلَوْ تَلفَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَـا فَمَا لا يُغَابُ عَلَيْهِ مِـنْهُمَا وما يُغَابُ عَلَيْـهِ مِمَّنْ هُوَ فِي يَدَيْهِ ، فَإِنْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ فَقَوْلانِ ...

لهذه المسـألة نظائر في ضمان مـا يغاب عليه وعدم ضـمان ما لا يغـاب عليه ، وهي: الرهن ، والعارية ، والمبيع بالخيار، والمحبوسة فـي الثمن على المشهور في المحبوسة ، وما ذكره من عدم الضمان في ما لا يغاب عليه هو المشهور ، وذكر ابن حارث أنهم اختلفوا إذا مات العبد في يدها ثم طلقها قبل البناء على قولين :

روى أَشْهَب: أنه يرجع عليها بنصف قيمته .

وقـال أَشْـهَب وابن نافع : لا يرجع عليها بشيء ، وهل يحلف من هو بيـده فيما لم يغب عليه ما فرطت ولا ضيعت؟ فينبـغي أن يجري فيه الخلاف الذي في الرهن وفي سائر أيمان التهم .

ثالثها : تتوجه على المتهم دون غيره ، ورأى عبد الحق أن اليمين تتوجه ، وإن قلنا : إن أيمان التهم لا تتوجه في غير هذا الموضع؛ لأنه قبض لحق نفسه .

وقوله : **(وما يُغَابُ عَلَيْهِ ممَّنْ هُوَ فِي يَدَيْهِ)** أي : ضمانه ممن هو في يديه من الزوجين، وأما لو كـان بيد أمين فـهو كالأول ، فـإن قامت بينة بهـلاك ما يغـاب عليه ، فـقال ابن القاسم: يبرأ ؛ لأن الضمـان عنده بالتهمة وقد زالت بقيام البـينة ، وقال أشهب : لا يبرأ لأن الضمان عنده في هـذا القسم بالأصالة ، وظاهر هذين القولين: التـعميم ؛ أي: أعني سواء كان لهذا الذي يغاب عليه مكيلاً أو موزوناً أو عيناً .

وحكى في «البيان»[١] ثالثاً : أن العين تضمن مطلقاً والمكيل الموزون يضمن إلا أن تقوم البينة .

وَمَا أَنْفَقَ عَلَى الثَّمَرَةِ مِنْ سَقْيٍ وعِلاجٍ عَلَيْهِمَا ، وفِي رُجُوعِ مَنْ أَنْفَقَ مِنْهُمَا عَلَى الْعَبْدِ قَوْلانِ

نحوه في « الجواهر»[٢]، وهو يقتضي الاتفاق على الرجوع في الثمرة ، وقال اللَّخْمِيّ: النفقة تابعة للغلة ، فخرج على قول عبد الملك أنها لا ترد الغلة قولاً بأنها لا ترجع بنفقة الثمرة ، والقول بأنها ترجع بنفقة الثمرة وبما أنفقت على العبد لابن المواز وعبد الملك ، ونصا مع ذلك أنها ترد نصف الغلة .

اللَّخْمِيّ : ولا وجه له .

والقول بأنها ترجع بنفقة العبد هو الجاري على المشهور ، هكذا أشار إليه اللَّخْمِيّ وابن راشد .

اللَّخْمِيّ : وترجع عليه بنصف النفقة ما لم تكن أكثر من نصف الغلة ، ونقل ابن راشد عن ابن دينار أنه قال : إن كانت له غلة كانت له نفقة منها ، وإن لم تكن له غلة فلا رجوع عليها بشيء .

ابن عبد السلام : واختلفت طرق الشيوخ فمنهم من جعل الرجوع بالنفقة تابعاً للغلة ، ومنهم من جعل الغلة بينهما والنفقة على المرأة ، ومنهم من قال : أما الأصول وشبهها فعلى القول بأنها تملك نصف الصداق فترجع بنصف الغلة ، وعلى القول بأنها تملك الجميع اختلف على قولين ، على الخلاف فيمن أنفق فيما استحق عليه بالشفعة وشبه ذلك ، واختلف أيضاً إذا أنفقت عليه في تعليم صنعة أو تأديب ، فنقل اللَّخْمِيّ عن مالك في «المبسوط» : أنها ترجع بنصف ما أنفقت على العبد والجارية إذا ارتفع ثمنهما كذلك .

وقال بعض الشيوخ : لها الأقل من نصف ما أنفقت أو نصف ما زاد الثمن بذلك ، ونقل ابن يونس عن ابن القاسم ومالك أنها لا ترجع بما أنفقت عليه في تعليم صنعة ، وقال : وهو يدل أنها لو أنفقت عليه في طعام وملبس أنها ترجع عليه ، وجعل هذا خلافاً لقول ابن حبيب الذي نقله عنه بعدم الرجوع بما أنفقته على العبد .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٥/ ١١١) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٤٨٥) .

اللَّخْمِيّ : أرى لها الأقل من نصف ما أنفقت أو نصف ما زاد ثمنها ، والفرق على أحد القولين بين النفقة على الثمرة والعبد من وجهين :

أولهـما : أن الثمار إنما نشأت عن السفر والعمل بخلاف العبد ، فإن النفقة إنما حفظت قوته .

ثانيهما : أن العبد يخدم ويتجمل به فكانت النفقة في مقابلة ذلك .

اللَّخْمِيّ : ويختلف إذا كان العبد صغيراً لا غلة له أو دابة لا تركب أو شجراً لا يطعم فانتشـأ كل ذلك بنفقة الزوجة ولم تأخذ غلة ، هل للـزوج نصف ذلك ، ويدفع النفقة أو يكون فوتاً ويأخذ قيمة نصيبه يوم قبضه ؟

فرع : إذا قبضت المرأة الغلة فقال محمد : ما اغـتلت فهلك بيدها من غير سببها لم تضمن ، وهي فـيه مصدقـة مع يمينها إن أخذت في الغلة حيـواناً ، ولا تصدق في هلاك العين إلا ببينة ، وأما الزوج فهو ضامن لما اغتل من عين وغيره ؛ لأنه متعد في استغلاله .

وَإِذَا وَهَبَتْـهُ جَمِيعَ صَـدَاقِهَا لَمْ يَرْجِعْ بِشيءٍ وَإِنْ وَهَبَـتْهُ بَعْضَـهُ رَجعَ أَوْ رَجَعَتْ بِنِصْفِ الْبَاقِي..

يعني : إذا وهبت الزوجة صداقها لزوجها ثم طلقها قبل البناء لم ترجع عليها بشيء ، ويصح أن يقرأ (ترجع) بالتـاء المثناة من فوق ، وهو أيضـاً ظاهر إلا أن تدل قرينة على أن قصدها بالهبة استصلاح عشرته ودوام عصمته ، فيكون حكمه حكم ما لو أعطته مالاً على ألا يطلقهـا فطلقها وقد تقـدم ، وكذلك قال جمـاعة : إذا أقرضت زوجهـا وأخرته بذلك أجلاً ثم طلقها ، أنه يحل عليه ما أجلته؛ لأن مقصوده بالتأجيل حسن عشرتها وذلك مناف لطلاقها .

خـليـل : وينبغي أن يقيد جواز هبتهـا للزوج بما إذا لم يتفقا على النكاح بغير صداق ، ولذلك قال مالك في « الموازية » : إذا وهبته قبل البناء جميع الصداق أجبر على ألا يدخل بها حتى يعطيها ربع دينار فأكثر ، فإن لم يفعل حتى طلق فلا شيء عليه .

وقوله : (**وَإِنْ وَهبَتْهُ بَعْضَهُ**) مثاله : لو كان الصداق مائة فوهبته خمسين يرجع عليها إذا طلَّقها بخمسة وعشرين إن كان دفع إليها الصداق ، وإن لم يدفع إليها شيئاً رجعت بخمسة وعشرين .

وحاصله: أن ما بقي بعد الهبة كأنه جميع الصداق ، قال صاحب « المحكم »[١] : ولا يقال :وهبتك، هذا قول سيبويه ، وحكى السيرافي عن أبي عمران أنه سمع أعرابياً يقول للآخر : انطلق معي أهبك نيلاً .

فقول المصنف (وَهَبَتْهُ) لا يأتي على مذهب سيبويه ، ولم يقع في القرآن إلا معدىً باللام كقوله : ﴿ لأهب لك ﴾، ﴿ووهبنا له ﴾ ﴿وهب لي ﴾، إلى غير ذلك .

وَلَوْ وَهَبَتْهُ لأَجْنَبِيٍّ ويحمِلُهُ الثُّلُثُ وقَبَضَهُ قَبْلَ الطَّلاقِ رَجَعَ عَلَيْهَا دُونَهُ ، وإنْ لَمْ يَقْبِضْهُ قَبْلَهُ أُجْبِرتْ هِيَ وَيُجْبَرُ الْمُطَلِّقُ إنْ كَانَتْ مُوسِرَةً يَوْمَ الطَّلاقِ ، وقيلَ : أَوْ يَوْمَ الْهِبَةِ ...

يعني : ولو وهبت صداقها لأجنبي وحمله الثلث ، فإن قبضه الموهوب له قبل الطَّلاق فلا رجوع للزوج على الموهوب له ، وإنما يرجع عليها بنصفه واشترط أن يحمله الثلث لأنه إن جاوزه بطل جميعه إلا أن يجيزه الزوج .

وقوله : (**ويحْمِلُهُ الثُّلُثُ**) ينبغي أن يكون خبر مبتدأ مضمر؛ لأن الجملة حالية ، والجملة الحالية إذا صدرت بمضارع لا يكون فيها واو ، كما فعلوا في قول العرب : قمت وأصك عينه .

وفي بعض النسخ : (**وحمله الثلث**) أي : وإن لم يقبض الموهوب له والمسألة بحالها أجبرت هي على إمضاء الهبة ، ولا يجبر المطلق على دفعه إلا بشرط أن تكون موسرة يوم الطلاق ، سواء كانت معسرة يوم الهبة أم لا ، ولا شك في عدم إجباره إن كانت معسرة يوم الطَّلاق ويوم الهبة ، لأنه قد تبين أن النصف له .

اللَّخْميّ : وعلى القول بأنها تملك بالعقد الجميع لا مقال للزوج فارق هو ، وإن لم يكن له مقال من وجه ملكه لنصف الصداق فله مقال من جهة مال الزوجة ، قيل : إذا طلق سقط مقاله في مال الزوجة ، وعاد مقاله من باب الدين والدين طرأ بعد الطلاق ، وكانت وهبت ولا دين عليها ، واختلف إذا كانت موسرة يوم الهبة ومعسرة يوم الطلاق ، فقال ابن القاسم في « المدونة »[٢]: لا يجبر ، وقال غيره فيها : يجبر ، وهذا معنى قوله : إن كانت موسرة يوم الطلاق ، وقيل: أو يوم الهبة ، وقيل : وقول ابن القاسم أصح لأن للزوج أن يقول لم يوجب لها الشرع غير نصف الصداق ، كأن طلقت قبل البناء وما وهبته من النصف الآخر قد انكشف أنها لا تملكه وهو بيده فلا أدفعه وأتبع ذمة خربت كما لو كانت معسرة يوم الهبة والطلاق .

---

(١) «المحكم» (٤/ ٤٤٠) .

(٢) « المدونة » (٤/ ٢٥٦) .

فرع :

واختلف إذا قبض الموهوب له من المرأة جميع الصداق ورجع عليها الزوج بنصفه لأجل طلاقـه ، هل ترجع على الموهوب له بالنصف ، فـفي « الموازية » : لها أن ترجع علـيه ، وقال ابن الكاتب : دليل « المدونة » أنهـا لا ترجع لقوله فيـها : وعلى الزوج دفع جميـعه إلى الموهوب له فلو وجب لها الرجوع على الموهوب له لما دفع الزوج إليه شيئاً ، ثم ترجع المرأة به إذ لا فائدة في ذلك .

خـليـل : وصرح في أصل «المدونة» بأنهـا لا ترجع بالنصف على الموهوب له ، ونقله عياض وذكر عن بعضهم أنه تأول «المدونة» على ما إذا وهبت هبة مطلقة، وقالت للموهوب له : اقبضها من زوجي ، ولو صرحت بهبة الصداق فلها أن ترجع كما في « الموازية » .

وَلَوْ خَالَعَتْهُ عَلَى عَبْدٍ أَوْ شَيْءٍ تُعْطِيهِ لَمْ يَبْقَ لَهَا طَلَبٌ بِنِصْفِ الصَّدَاقِ عَلَى الْمَشْهُورِ

يعني : إذا خالعت الزوجة زوجها قبل البناء على أن تعطيه شيئاً من مالها عبداً أو غيره وسكتا عن الصداق ، فالمشهور أنها لا يبـقى لها طلب بالنصف سواء قبضته أم لا ، وترده إذا قبـضته لأنهـا لما دفعت من مالهـا دل على إسقاط حـقها من نصف الصـداق ، والشاذ يحتمل أن يكون لها النـصف سواء قبضته أم لا وهو قول أشـهب ، ويحتمل أن يكون لها النصف بشرط القبض وهو قول أصبغ ، وقول أَشْهَب أظهر من المشهور إذ لا يستباح ملك أحد إلا بـالنص منه أو الرضا ، أمـا إذا نصت على الاتباع بنصـف الصداق ، أو اشـترط عليها الاتباع ، لاتبع الشرط بالاتفاق .

بِخِلافِ الْمَدْخُولِ بِهَا ، وعَلَى الْمَشْهُورِ فَإِنْ كَانَتْ قَبَضَتْهُ رَدَّتْهُ

أي : وأما لـو خالعت المدخـول بها على شيء فـإنه لا يسقط ذلـك صداقهـا لتـقرره بالدخول وسواء قبضته أم لا ، نص على ذلك سحنون ، وقال ابن عبدوس : إنما ذلك إذا قبضته وإن كانت لم تقبضه فلا شيء لها منه .

وقوله : (**عَلَى الْمَشْهُورِ** ..إلخ) ، هو راجع إلى الفرع الأول، أعني : إذا لم يحصل دخول وقد تقدم.

ابن عـبد السـلام : ويقرب من مسألة ابن عبـدوس وسحنون ما في « المبسوط » في من خالع امرأته على أنها إن ولدت منه فعليها نفقته في الحولين ، فقال مالك في « المبسوط »:

ليس لها أن تطلبه بنفقة الحمل ولا بصداقها ، وقال مغيرة : لها نفقة الحمل ولا شيء لها من الصداق ، وقال بعضهم معناه والله أعلم أنها لم تكن قبضته، يعني : الصداق وأما لو قبضته لم ينزع منها .

أَمَّا لَوْ خَالَعَتْهُ عَلَى عَشَرَةِ دَنَانِيرَ مِنْ صَدَاقِهَا فَلَهَا نِصْفُ مَا بَقِيَ

ما لو كان صداقها ثلاثين ديناراً وخالعته على عشرة ، فلها النصف الذي بقي، أي: عشرة .

اللَّخْمِيّ : وسواء قالت له : خالعني أو طلقني إذا اشترطت العشرة من الصداق .

وَإِنْ لَمْ تَقلَّ مِنْ صَدَاقِهَا لَزِمَهَا ، ولَهَا تَمْلك نِصْفَه

أي : تلزمها العشرة ولها النصف كاملاً وهو خمسة عشر فيتقاصان في عشرة وتأخذ منه خمسة فقط ، وحاصله أن العشرة ساقطة في الصورة الأولى من جميع الصداق وفي الثانية من نصفه ، واعلم أن هذه المسألة إذا لم تقل من صداق على وجهين ، إن قالت: طلقني على عشرة فاتفق ابن القاسم وأشهب على أن لها نصف صداقها ، وإن قالت: خالعني على عشرة فاختلف فيها ، فقال أَشْهَب : لها نصف الصداق كالتي قبلها ، وقال ابن القاسم : لا شيء لها وإن قبضته ردته ، وكأنه رأى أن بعض الخلع يقتضي خلع ما لها عليه من حق وزادته عشرة دنانير .

وقال أصبغ : إن قبضته كان لها وإن لم تقبضه لم يكن لها منه شيء ، وسواء قالت : خالعني أو طلقني .

هكذا حكى اللَّخْمِي هذه الثلاثة الأقوال واستحسن قول أَشْهَب ؛ لأن قولها: خالعني، إنما يتضمن خلع النفس والإبراء من العصمة ، ليس الاختلاع من المال ، وعلى هذا فهذه المسألة بمنزلة ما إذا خالعته على عبدٍ وشيء ؛ لأنه في كل من المسألتين حصل الخلع على شيء وسكت عن الصداق .

وَعَفْوَ أَبِي الْبِكْرِ عَنْ نِصْفِ الصَّدَاقِ بَعْدَ الطَّلَاق مَاضٍ لا قَبْلَهُ ، وعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ: إِلا بِوَجْهِ نَظَرٍ ...

لقوله تعالى : **﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ من قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلاَّ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾** [البقرة : ٢٣٧] أي : إلا أن يعفو النساء

المالكات لأمرهن عن النصف الذي لهن أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ، ومذهب مالك: أن الذي بيده عقـدة النكاح هو الأب في ابنته ، ومذهب أبي حنيفـة والشافعي: أن الزوج ينبغي له أن يكمل لها الصداق ، وقال بكل من القـولين جماعة ، ورجح مذهبنا بأن الذي بيده عقدة النكاح في المطلقة إنما هو الولي ، ولا يقـال :إن المراد من بيده عقدة النكاح قبل الطَّلاق؛ لأن الزوج إنما بيده وبأنا نحمل قوله تعالى : ﴿وَأَن تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ﴾ [البقرة : ٢٣٧] على الأزواج وغيرهم فيكون أكثر فائدة ، وبأن الخطاب كان مع الأزواج لقوله : ﴿فَـرَضْـتُمْ﴾، وهو خطاب مشابهة ، فلو كـانوا مرادين بقوله تعالى: ﴿ الَّذِي بِيَـدِهِ عُـقْـدَةُ النِّكَاحِ﴾ [البـقرة : ٢٣٧] للزم تغيير الكلام من الخطاب إلى الغيبة وهو خلاف الأصل ، وبأن إقامة الظاهر مقام المضمـر خلاف الأصل ، فلو كان المراد الزوج لقيل : إلا أن يعفون أو تعفوا عما استحق لكم .

وقوله : (بَعْدَ الطَّلاق) ، يعني: للعفو شرطان :

الأول : أن يكون قبل الدخول ، فلا يجوز له أن يعفو بعده .

والثاني : أن يكون بعد الطَّلاق ؛ لأنه إنما ورد كذلك ؛ ولأنه إذا كان بعد الطَّلاق تحصل للبنت بعـد ذلك المصلحة وهي رغبـة الأزواج فيـها ، وأجاز ابن القـاسم عفـو الولي قبل الطَّلاق أيضاً ، ورأى أنه أجاز ذلك لأجـل تحصيل زوج في المستقـبل ، فلأن يجوز للزوج الحاصل الذي لم يطلقها أولى .

ابن عـبـد السـلام : ونقل المؤلف هو الصحـيح لا ما قاله ابن بشيـر أنه لم يختلف ابن القاسم ومالك في جـواز التخفيف قـبل الطَّلاق إذا ظهرت المصلحة ، كمـا لا يختلفان في عدم جوازه إذا علم مصلحته ، ولم يختلفا إذا جهل الحال .

وقول المؤلف : (مَاضٍ) لا يفهم منه الجواز والمذهب الجواز .

تَمْـيِيزُ مَا يُفْـسَخُ بِطَلَاقٍ مِنْ غَيْرِهِ :أَكْـثَرُ الرُّوَاةِ أَنَّ كُلَّ نِكَاحٍ لِلزَّوْجِ أَوْ لِلزَّوْجَةِ إِمْـضَاؤُهُ وَفَسْخُـهُ فَفَسْخُهُ بِطَلْقَةٍ بَائِنَـةٍ ، كَإِنْكَاحِ الأَجْنَبِيِّ يَرُدُّهُ الْوَلِيُّ ، وَمَا كَانُوا مَغْلُوبِينَ عَلَى فَـسْخِهِ فَـفَسْـخُـهُ بِغَيْـرِ طَلَاقٍ ، كَـوِلَايَةِ الْمَرْأَةِ ، وَالْـعَبْـدِ ، وَكَالـشِّغَـارِ ، وَالْمَـرِيضِ ، وَالْمُحْـرِمِ ، وَكَالصَّدَاقِ الْفَاسِدِ قَبْلَ الْبِنَاءِ ، وَكَالْمُجْمَعِ عَلَى فَسْخِهِ .

هذا قول مالك الأول وعليه أكثر الرواة ، ورأى أن كل نكاح للزوج أو للزوجة أو للولي إمضاؤه وفسخه فهو منعقد حتى ينحل ، فيكون حله بطلاق .

وقوله : (كـإنْكَاحِ الأَجْنَبِيِّ) يرده الولي ، مثال ما الخيار فيه للولي ، ومثال ما الخيار فيه للزوج إذا كان بالزوجة عيب وإن كان به فالخيار للزوجة .

وعن أبي جعفر الأبهري : إذا وجد الزوج المرأة مجنونة أو مجذومة أن الرد بغير طلاق.

اللَّخْمِيّ : ويلزمه أن يكون الحكم كذلك إذا كان العيب بالزوج والمعروف أن الفسخ للعيب بطلاق .

وقوله : (وكَالصَّدَاق الْفَاسد) ، هو طريقة المغاربة .

وَعَنْ مَالك وَرَجعَ إِلَيْه ابْنُ الْقَاسمِ : أَنَّ مَا اخْتُلفَ في إجَازَته وفَسْخه ، فَفَسْخُهُ بطَلَاق كَولايَة الْعَبْد والْمَرْأَة ، وكَالشِّغَار والْمَرِيض والْمُحْرِم وكَالصَّدَاق الْفَاسد ، ومَا فُسِخَ بطَلَاقٍ يَقَعُ به التَّحْرِيمُ ، والطَّلَاقُ والْمُوَارَثَةُ ، مَا لَمْ يَكُن الْفَسْخُ لحَقِّ الْوَرَثَة ، ومَا لَمْ يُخْتَلَفْ في فَسْخه فَفَسْخُهُ بغَيْرِ طَلاقٍ ، ولا يَقَعُ به طَلَاقٌ ، وَلَا مُوارَثَةَ كَالْخَامسَة ، وأُخْت امْرأَته ، أَوْ عَمَّتهَا ، أَوْ خَالَتهَا ....

راعى في هذا قول من قال بالصحة والاختلاف في نكاح المريض والصداق الفاسد قبل البناء في المذهب ، والخلاف في نكاح المحرم وإنكاح المرأة نفسها لأبي حنيفة ـ رضى الله عنه ـ فإنه يجيزهما .

وذكر في « المدونة » :أن نكاح الشغار من المختلف فيه ، وفي « النكت »[1] : قال بعض شيوخنا في مثل نكاح المحرم والشغار ونحوه مما لا ينعقد عندنا ويجوز عند غيرنا : تقع فيه الحرمة بلا اختلاف .

وفي الباجي[2] : عن أبي عمران : أن الشغار لا خلاف في منعه وإنما اختلف في فسخه ، وكذلك قال غيره وقاله ابن عبد السلام .

خليل : وعلى هذا فيكون ما أشار إليه من الخلاف في « المدونة » في نكاح الشغار إنما هو بعد الوقوع لا في الجواز ابتداءً كما قال أبو عمران وغيره ، وبه تعلم أن قول ابن عبد السلام: أن ابن القاسم : إنما قال بالفسخ بطلاق في المختلف في جوازه ابتداءً ، ليس

---

(١) « النكت والفروق » (١/٢٠٨) .

(٢) « المنتقى » (٥/٩٥) .

بظاهر ، ولا أعلم من قال بجواز كون العبد وليا ، ولم يتعرض للنكاح المختلف فيه ليفصل في الخلاف هل هو شاذ أو مشهور ؟ ورأى ابن بشير: أنه لا يختلف في مراعاة القول الشاذ من سلم مراعاة الخلاف المشهور ، وقد تبين لك من كلام المصنف أن كل ما يفسخ بطلاق على القول الأول يفسخ بذلك على الثاني ، وليس كل ما يفسخ بطلاق على الثاني يفسخ به على الأول وهو واضح .

وقوله : (**يَقَعُ بِهِ التَّحْرِيمُ**) أي: تحريم المصاهرة من كونها تحرم على أبنائه وآبائه ، وتحرم عليه أمهاتها وبناتها كما تقدم .

وقوله : (**والطَّلاقُ**) أي : إذا أوقعه الزوج قبل الفراق ، ويتوارثان قبل الفسخ إلا أن يكون الفسخ لحق الورثة في نكاح المريض فلا إرث فيه ، لأنا لأجل الإرث فسخناه .

وقوله : (**ومَا لَمْ يُخْتَلَفْ فِي فَسْخِهِ**. . .إلخ) ظاهر التصور ، واعلم أن ابن بشير وغيره ذكروا عن بعض القرويين أن ابن القاسم وإن قال بمراعاة الخلاف في هذا الباب ، فإنه لا يضره ذلك حتى يفسخ نكاحاً صحيحاً على مذهبه لمراعاة مذهب غيره ، مثاله : أن يتزوج تزويجاً مختلفاً فيه ، ومذهبنا أنه فاسد ، ثم إن طلق فيه ثلاثاً فابن القاسم يلزمه الطَّلاق ولا يتزوجها إلا بعد زوج ، فلو تزوجها قبل زوج لم يفسخ نكاحه ؛ لأن التفريق حينئذ إنما هو لاعتقاد فساد نكاحها ، ونكاحها عنده صحيح ، وعند المخالف فاسد ، ولا يمكن الإنسان ترك مذهبه لمراعاة مذهب غيره ، يريد : أن منعه من تزويجها أولاً إنما كان مراعاة للخلاف ، وفسخ النكاح ثانياً لو قيل به لكان مراعاة للخلاف أيضاً ، فلو رُوعِي الخلاف فيهما لكان ترك المذهب بالكلية ، وشرط مراعاة الخلاف عند القائل به لا يترك المذهب بالكلية .

ابن عبد السلام : وهو كلام لا بأس به إن كان موجب الطَّلاق عند ابن القاسم مراعاة الخلاف ليس إلا ، وأما إذا كان لحصول شبهة النكاح المقتضية للحوق الولد ودرء الحد وغير ذلك من الأحكام التي ساوى فيها هذا النكاح الصحيح ، فالطلاق حينئذ واقع كوقوعه في النكاح الصحيح ، فيفسخ النكاح إن تزوجها قبل زوج ، ولا يقال : لا يصح أن تكون الشبهة هي المقتضية لوقوع الطَّلاق لحصولها في النكاح المجمع على فساده ؛ لأن الشبهة في المجمع فساده لا تساويها في المختلف فيه ، فيجوز لاختلاف الشبهة اختلاف آثارها .

وَمَا فُسِخَ قَبْلَ البِنَاء فَلا صَدَاقَ ، وبَعْدَهُ الْمُسَمَّى

قوله : (**فَلا صَدَاقَ**) أي: إلا نكاح الدرهمين فلها نصفهما .

قوله : (**وبَعْدَهُ الْمُسَمَّى**) إن كانت هناك تسمية ، وإلا فصداق المثل ، وليس متوقفاً عليه كما ترى .

فرع :

إذا طلق الزوج قبل البناء أو مات : ابن رشد في «نوازله»[1] : الفاسد قسمان :قسم فسد لصداقه، وقسم فسد لعقده [2]، فأما الفاسد لصداقه فالصحيح من المذهب لا شيء للمرأة فيه إلا بالدخول ، وروي عن أصبغ فيمن تزوج بغرر ثم مات قبل البناء: فإن لها صداق مثلها، وإن طلقها فلا شيء لها ، فجعله كنكاح التفويض ، فعلى قول من أوجب فيه صداق المثل بالموت ، وأما الفاسد لعقده فإن اتفق على فساده كنكاح ذات محرم والمعتدة والمرأة على عمتها أو خالتها ، وما أشبه ذلك فلا صداق فيه بالموت ، ولا نصف بالطلاق اتفاقاً وإنما يوجبه الدخول ، وإن كان مختلفاً فيه فهو قسمان : قسم لا أثر لعقده في الصداق كنكاح المحرم والمرأة بغير ولي ، فهل يقع فيه الطَّلاق وتجب فيه المواريث ويفسخ بطلاق أو لا ؟ في الثلاثة قولان .

فعلى القول بوجوب الميراث والطلاق: يجب المسمى بالموت ونصفه بالطلاق ؛ إذ لا يصح أن يفرق بين الميراث والطلاق ، فيجب أحدهما ويسقط الآخر ؛ إذ لا مزية لأحدهما على صاحبه ؛ لأن الله تعالى نص على وجوب الصداق للزوجة ، كما نص على وجوب الميراث ، وعلى القول الآخر: لا يلزم الصداق بالموت ولا نصفه بالطلاق ، ولا خلاف أنه لو عثر على هذا النكاح وفسخ قبل البناء أنه لا شيء لها ، ولو قلنا: إن فسخه طلاق ؛ لأن الفرقة هنا مغلوب عليها .

وقسم له تأثير في الصداق كنكاح المحلل ، ونكاح الأمة على أن ولدها حر ، وعلى أن لا ميراث بينهما ، فقيل : للمرأة بالدخول صداق المثل ؛ لأن للفساد تأثيراً في فساد الصداق ، وقيل :المسمى؛ لأن فساده في عقده والصداق فيه صحيح ، فهذا القسم لا يجب فيه للمرأة من صداقها شيء بالموت أو الطَّلاق قبل البناء ، وهذا بين على القول بأن

---

(١) «مسائل ابن رشد» (١/٢٢٨) .

(٢) زاد صاحب «المقدمات» ثالثًا فقال : ونكاح فسد لشروط فاسدة اقترنت به .

لها صداق المثل بالبناء ، وأما على القول بالمسمى: فينبغي ألا شيء لها إلا بالدخول ، وقد يقال: لها نصفه بالطلاق ، إذ ليس الصداق عوضا عن البضع ، وإن كان لا يستباح إلا به؛ لأن الله تعالى سماه نحلة ، والنحلة: الهبة. انتهى بمعناه .

وَتَمْيِيزُ مَا يُفْسَخُ قَبْلَ الدُّخُول مِمَّا يُفْسَخُ بَعْدَهُ :أَنَّ مَا لا يُخْتَلَفُ فِي فَسَادِه يُفْسَخُ قَبْلَهُ وبَعْدَهُ ، ومَا اخْتُلِفَ فِيه إنْ كَانَ بِنَصٍّ أَوْ سُنَّة أَوْ لِحَقِّ الْوَرَثَة كَالْمَرِيض فَكَذَلِكَ ، وإنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ فَإنْ كَانَ لِخَلَلٍ عَقْدِه فَفِي فَسْخِه بَعْدَهُ قَوْلانِ ، وإنْ كَانَ لِخَلَلِ صَدَاقِه فَمَشْهُورُهَا: يُفْسَخُ قَبْلَهُ لا بَعْدَهُ نَحْوَ عَقْدِ الدِّرْهَمَيْنِ ...

أي : أن ما لا يختلف فيه يفسخ مطلقاً ، وكذلك ما اختلف فيه وقلنا فيه بالفساد لنص كتاب أو نص سنة أو لحق الورثة فكذلك ؛ أي يفسخ بعد البناء .

وقوله : (**بِنَصٍّ أَوْ سُنَّة**) فيه حذف مضاف إليه من الأول وحذف مضاف من الثاني كما قررنا ، ومثال ما فيه نصّ كتاب : الخامسة ، ومثال ما فيه نص سنة : نكاح المحرم، وإنكاح المرأة نفسها ونكاح المحلل ، وإن لم يكن كذلك فإن كان لخلل عقده كنكاح الخيار ، أو إن لم يأت بالصداق إلى أجل كذا ففي فسخه بعد البناء قولان ، وإن كان لخلل صداقه فثلاثة أقوال ، تصورها بين مما تقدم .

الْمُتْعَةُ مُسْتَحَبَّةٌ لِكُلِّ مُطَلَّقَة حُرَّة مُسْلِمَة أَوْ كِتَابِيَّة أَوْ أَمَة مُسْلِمَة فِي نِكَاحٍ لازِمٍ غَيْرِ الْمُخْتَلِعَة والْمُطَلَّقَة قَبْلَ الْبِنَاء ، وقَدْ فُرِضَ لَهَا ، ولا مُتْعَةَ لِمُلاعِنَة ولا مُخْتَارَة لِعِتْقِهَا ونَحْوِه بِخِلافِ مَنْ خَيَّرَهَا أَوْ مَلَّكَهَا عَلَى الْمَشْهُورِ فِيهِمَا ...

المتعة : ما يعطيه الزوج لزوجته عند طلاقه لها ؛ جبراً لألم الفراق ، والمشهور: أنها مستحبة ، يؤمر بها المطلق ولا يجبر عليها ، وحكى ابن مسلمة وابن حبيب الوجوب ، واختاره السيوري لقوله تعالى : ﴿ **وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ**﴾ [البقرة : ٢٣٦] ففي الآية دليل الوجوب من أوجه الأمر ، وقوله : ﴿**حَقًّا**﴾ و ﴿ **عَلَى**﴾ فإنهما من ألفاظ الوجوب ، وتعلقها بمال الموسع والمقتر ، ورأى في المشهور أنها لما قيدت بالمحسنين والمتقين على أنها مستحبة ؛ لأن الواجب لا يتقيد،وأجيب:بأن هذا من باب التهييج ؛ ولأن الإحسان والتقوى أمر بهما في غير ما آية.

وقوله : (**لِكُلِّ مُطَلَّقَة**) احترز به من الفسوخات فلا متعة فيها ، سواء فسخ قبل البناء أو بعده ، قاله ابن القاسم ؛ لأن المتعة إنما وردت في المطلقات ، وسواء كان الفسخ لفساد

النكاح أو لا ، وقد نص ابن القاسم في « الموازية » فيمن اشترى زوجته على عدم المتعة ، ورأى اللَّخْمِيّ :الوجوب إذا كان الفسخ من جهة الزوج فـقط ، كما لو تزوج رضيعة وأمر أخته وأمه أن ترضعها .

واحترز بقوله : (**فِي نِـكَاحٍ لازِمٍ**) من المردودة بعيب فإنها لا متعة لها؛ لأنها غارّة ، ولم يشترط المصنف أن يكون النكاح صحيحاً ؛ لأن الفاسد لصداقه تجب فيه المتعة إذا طلق بعد الدخول.

وقوله : (**غَيْرِ الْمُخْتَلِعَةِ**. . .إلخ) ، يعني: أنها مستحبة لكل مطلقة إلا أربع نسوة :

الأولـــى : المختلعـة؛ لأن المتعة إنما شـرعت جبراً لألم الطَّلاق ومـضرة الألم عندها لإعطائها على الطَّلاق شيئاً من مالها .

الثـانيـة : المطلقة قبل البناء وقد فرض لها ؛ لأنـها أخذت النصف ، ولم يصب سلعتها شيء، فإن لم يعرض لها شيء فلها المتعة .

الثالـثة : الملاعنة؛ لأنه حصل بينهما من الشنآن ما لا تجـبره متعة ، وذكر الملاعنة زيادة في « البيان »[1] ، وإلا فقد خرجت بقوله : (**الْمُطَلَّقَةِ**) ؛ لأن فرقة المتلاعنين فسخ بغير طلاق على الصحيح من المذهب .

الرابعة : المختارة لعتقها ونحوه أم زوجها ، واختلف في المخيرة والمملكة ، فعن مالك روايتان :ثبوت المتعة؛لأن أصل الطَّلاق من جهته ،وسقوطها نظراً إلى أن تمام الطَّلاق منها.

ومقتضى كلام المصنف أن المشـهور ثبوت المتعة لقوله : (**بخـلاف**) ، وهذا علـى هذه النسخة ، وفي بعضها : (**وَلا مَنْ خَيَّرَهَا أَوْ مَلَّكَهَا عَلَى الْمَشْهُورِ**) وهي أحسن ، لأن ابن بشير وابن شاس[2] صرحا بأن المشهور أنهما لا متعة لهما ، وأن الرواية بالمتعة لهما شاذة.

وَلا يُقْضَى بِالْمُتْعَةِ ، وَلا يُحَاصُّ بِهَا الْغُرَمَاءُ

هذا بين على المشهور أنها مستحبة .

وَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ مَنْعُ الْعَبْدِ مِنْهَا

لأنه لما أذن له في النكاح فقد أذن له في توابعه كالارتجاع .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٦/ ٤٢٢) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٤٨٥) .

وَلا مُتْعَةَ لِلرَّجْعِيَّةِ إلا بَعْدَ الْعِدَّةِ

أي : بعد انـقضائهـا ؛ لأنها زوجـة ما دامت فـيهـا ، وهكذا قال فضـل ، وقال أبو عمران: ينظر فإن كانت نيـته رجعتها لم تمتع ، وإن كانت نيتـه ألا يراجعها متع ، وإن لم تخرج من العدة ثم بدا له فراجعها لم يرجع بها ؛ لأنهـا كالهبة المقبوضة ، واختلف إذا لم تمتع الرجعية حـتى فاتت ثم تزوجها ، واختلف أيضاً إذا طال الزمـان أو ماتت ، فقال ابن القاسم : إذا جهل المتـعة حتى مضت أعوام فليدفع ذلك إليهـا وإن تزوجت ، وإلى ورثتها إن ماتت ، وقال أصبغ : لا شيء عليه إن ماتت ؛ لأنه عوض لها وتسلية من الطَّلاق وقد انقطع ذلك ، وإن مات الزوج قبل أن تمتع فإنها لا تسقط .

وَمِقْدَارُهَا عَلَى قَدْرِ حَالِه

أي : لا مدخل لحال الزوجة ، بخلاف النفقة لأنها هبة ، واعتبر ابن خويزمنداد حالها كالنفقة ؛ لأن المقصود تطييب نفسها ، وذات القدر لا تطيب بالقليل .

وَإِذَا تَنَازَعَا فِي قَدْرِ الْمَهْرِ أَوْ صِفَتِه قَبْلَ الْبِنَاء مِنْ غَيْرِ مَوْت ولا طَلاق تَحَالَفَا وتَفَاسَخَا، ويَجْرِي الرجُوعُ إِلَى الأَشْبَهِ ، وانْفِسَاخُ النِّكَاحِ بِتَمَامِ التَّحَالُفِ وغَيْرُهُ كَالْبَيْعِ ...

في قدره كما لو قالت: بألفين، وقال هو بألف ، أو صفـته كما لو قالت: بعبد تركي، وقال هو: بعبد زنجي ، واحترز بـ (**قَبْلَ الْبِنَاء**) من بعد البناء وسيأتي حكمه .

وقوله : (**مِنْ غَيْـرِ مَوْت ولا طَلَاق**) مما لو حصل أحدهما وسيأتي ، وذكر المصنف أن الحكم التحالف والتفاسخ ، فـإن حلفَ أحدهما ونكل الآخر ثبت النكاح ، ولزم الناكل ما حلف عليه الآخر ، وكان الأظهر أن عقد النكاح يتنزل منزلة الفوات في البيع لما يترتب هنا من الأحكام عليه من تحـريم المصاهرة وكون المرأة فراشـاً وغير ذلك ، لكنهم لم يتـعرضوا لشيء من ذلك فيما رأيت .

وقوله : (**تَحَالَفَا**) أي يشترط أن تكون مالكة أمر نفسها ، وإلا فيحلف من عقد النكاح عليها من أب أو وصي أو ولي إن كانت محجوراً عليها ، قاله المتيطي وغيره .

قوله : (**ويَجْرِي الرجُوعُ** . . .إلخ) أشار ـ رحمه الله ـ إلى مسائل :

الأولــى : إذا ادَّعى أحدهما ما يُشبه هل يكون القـول قوله ويتحالفان ؟ لمالك في ذلك قولان .

اللَّخْمِيّ : والأول هو الصواب ؛ لأن ذلك كالشاهد يحلف معه من قام له .

والثانية : هل ينفسخ النكاح بتمام التحالف كاللعان قول سحنون وحكى عبد الحق[1] عن بعض شيوخه ،أو لا ينفسخ ولكل منهما الرجوع إلى قول الآخر وهو قول ابن حبيب والقاضيان ابن القصار وعبد الوهاب وبه جرى عمل الأندلسيين واستمرت أحكامهم .

ابن محرز : وهو أصوب ؛ لأن الأيمان في التحالف في الصداق ليست موضوعة لفسخ النكاح واختاره اللَّخْمِيّ ،ولا شك على قول ابن حبيب أنه يفسخ بطلاق ، وانظر على قول سحنون الذي يقول: إنه يفسخ بتمام التحالف كاللعان هل ينفسخ بغير طلاق أم لا ؟ وقد قال بعضهم : إن ظاهر « المدونة » فسخه بغير طلاق ونوزع في ذلك .

الثالثة : المشهور تبرئة الزوجة؛ لأنها بائعة نفسها ، ولمالك في «المختصر» أنه بيد الزوج.

الرابعة : إذا نكلا ، قال اللَّخْمِيّ : فقيل : إن ذلك بمنزلة إذا حلفا ، وقيل : القول قول المرأة ، وهذا كله داخل تحت قوله : (وغيره كالبيع) إلى غير ذلك من المسائل التي تقف عليها في البيع إن شاء الله تعالى .

ولفظ (**انْفِسَاخُ**) من كلام المصنف وكذلك (**وغَيْرُهُ**) مرفوعان بالعطف على فاعل (**يَجْرِي**) .

فَإِنْ تَنَازَعَا بَعْدَ الْبِنَاء فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ لأَنَّهُ فَوْتٌ ، وَقَالَ ابْنُ حَبِيب : يَتَحَالَفَانِ مَعَ الْعِصْمَةِ، ويَجِبُ صَدَاقُ الْمِثْلِ ، وقِيلَ : إِنِ اخْتَلَفَا فِي صِفَتِه فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ مَعَ يَمِينِه ...

أي : فإن تنازعا بعد البناء في القدر أو الصفة فالقول قول الزوج مع يمينه ؛ لأنها مكنته من نفسها ، وهذا مذهب « المدونة » ، فإن نكل فالقول قول المرأة مع يمينها .

المتيطي : وهو المشهور من مذهب مالك وأصحابه ، وأشار المصنف إلى توجيهه بقوله : (**لأَنَّهُ فَوْتٌ**)؛ أي: أن البناء هنا كفوات السلعة في البيع ، والمشهور في اختلاف المتبايعين في المقدار ترجيح قول المشتري ؛ لفوات المبيع عنده ، وانظر هل القول قول الزوج مطلقاً ، وهو أكثر إطلاق نصوص أهل المذهب ، أو مقيد بما إذا وافق العرف ؟ وهو الذي ذكر اللخمي وهو الذي يؤخذ من كلام صاحب « الإشراف »؛ لأنه أشار فيه إلى تشبيه حكم الصداق بعد البناء ، وإنما وقع التشبيه من كلام غيره بالبيع في قبول دعوى الأشبه قبل البناء، والله أعلم .

---

(١) « النكت والفروق » (١/ ٢٠٩) .

وما حكاه المصنف عن ابن حبـيب من التحالف مع بقاء العصـمة ، ويجب صداق المثل حكاه في « الكافي »[١] عن مالك .

قوله : (وقِيلَ) أي: وفي المسألة قول ثالث بالتفصيل ، فإن اختلفا في الصفة تحالفا مع بقاء العصمة ووجب صداق المثل ، وإن اختلفا في القدر فالقول قول الزوج مع يمينه .

فرع :

فإن اختلفا في الجنس بعد البناء فحكى اللَّخْمِيّ والمتيطي في ذلك ثلاثة أقوال :

الأول : أنهما يتحالفان ويفسخ النكاح إن كان تنازعهما قبل البناء كان مما يصدقه النساء أم لا ، وإن كان بعـد البناء ثبت النكاح وترد المرأة إلى صـداق مثلهـا ما لم يكن فـوق ما ادعت أو دون مـا ادعى الزوج إلا أن يرضى الزوج أن يعطـيهـا مـا ادعت وهذا كله قـول مالك.

وقال ابن القـصار : القول قول الزوج مع يمينه بعد الـبناء ولا يكون عليه إلا ما أقر أنه تزوج به ، ووافق إذا اختلف قبل البناء .

وقال أصبغ في « ثمانية أبي زيد » : فالقول قول الزوج إن كان مما يصدقه النساء ، وإن ادعى ما لا يشبه كالجلود والخشب ، وادعت المرأة ما يشبه مما يتزوج به النساء فالقول قولها إذا كانت قـيمة ذلك مثل مـا يتزوج به فأقل ، وإن كـان لا يشبه قـول واحد منهما تحـالفا وتفاسـخا وكان لهـا صداق المثل ، وإذا قلنا بالتـحالف وردّ المرأة إلى صـداق المثل ، فهل يثبت النكاح وهو المعروف في المذهب ورواه ابن وهب عن مالك ، أو يفسخ وهو الذي في الجلاب[٢] ؟

وَإِنْ طَلَّقَهَا أَوْ مَاتَتْ قَبْلَ الْبِنَاء فِيهِمَا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِه وإِنِ ادَّعَى تَفْوِيضا

(فِيـهِمَـا) أي : في القدر والصفة ، وكان القـول قوله مع يمينه ، أو قول ورثته ؛ لأنه غارم، وقاعدة الشرع ترجيح قوله .

قـوله : (وإِنِ ادَّعَى تَفْـوِيضـاً) أي : القول قول الزوج مع يمينـه ولو ادعى تفويضاً ، وهكذا قال في «المدونة»[٣] : وله الميراث .

---

(١) « الكافي » (ص/ ٢٦٩) .

(٢) «التفريع» (١/ ٣٨٥) .

(٣) « المدونة » (٤/ ٢٤٢) .

اللَّخْـمِيّ : ومحمل قول مـالك على أن العادة عندهم على التسميـة والتفويض ، ولو كانت عادتهم التسمية خاصة لم يصدق الزوج .

وَإِذَا تَنَازَعَ أَبُو الْبِكْرِ ، والزَّوْجُ تَحَالَفَا ولا كَلامَ لَهَا

إنما لم يكن لها لأن تقـدير الصداق للأب لا لها ، ابن حـبيب : وإنما حلف الأب لأنه كوكيل مفوض .

وقوله : (**ولا كَلامَ لَهَا**) ؛ أي سواء خالفت الأب أم لا .

وَلَو قَامَتْ بيِّنَةَ عَلَى صَدَاقَيْنِ فِي عَقْدَيْنِ لَزِمَا

يـعنـي : لو ادعى قدراً أو جنساً أو صـفة وادعت خلافه ، وأقام كل منهـما البينة على دعواه ، وعينـت كل بينة زماناً غير الذي عـينته للأخرى لزم الصداقـان ، وحمل على أنه طلقها ثم عقد عـقداً آخر ، ووقع بعد الكلام المتقدم في نسخـة ابن راشد ما نصه : وقُدِّرَ تخليل طلاق بينهـما ، ثم هل يـقدر قبـل المسيس ويكون على المرأة أن تبين وقـوعه بـعد الدخول ، أو على الرجل على العكس ؟ فيه خلاف. انتهى .

نص النسخة ونـحوها في « الجواهر »[1] ، ولم ير هذين القولين مـعزوين ، صاحب «الجواهر» وابن راشـد : ومنشؤهما : هل يستـقر بالعقد بالنصف فـيكون على المرأة البينة لدعواه ما يسقط الواجب عليه ؟

وَلَوْ كَانَ أَبَوَاهَا مِلْكاً لَهُ فَقَـالَ : أَصْدَقْتُكِ أُمَّكِ ، فَقَالَتْ : بَلْ أَبِي ، تَحَالَـفَا وعُتِقَتِ الأُمُّ بِإِقْرارِهِ فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَتْ وعُتِقَا جَمِيعاً ...

هذه المسألة لسحنون في «كتاب ابنه» قال : إن تزوج امـرأة فادعى أنه تزوجها على أمها وهي عالمة بها ، وقالت المرأة : بل على أبي وهو مالك لأبويها ، وحفظت البينة العقد ولم تحفظ على أبيهـا عقد، قال سحنون : الشـهادة ساقطة فإن لم يدخل تحـالفا وفسخ النكاح ويلزمه عتق الأم لأنه أقر أنها حرة ، وكـذلك إذا نكلا ، وإن كان قد دخل بها أيضاً حلف وعتقت الأم عليه ويكون بإقراره .

ابن يـونس : قال بعض أصحابنا وهذا خلاف ما تقدم لابن حبيب ، إذا اختلفا في نوع الصداق بعد البناء أنهما يتحالفان ويكون لها صداق المثل .

---

(١) « الجواهر » (٢/٥٢٦) .

وقوله : (**تَحَالَفَا وعُتِقَت الأُمُّ**) يريد وإن نكل حلفت وعتقا معاً ويكون ولاؤهما لها ، قاله المتيطي ، والظاهر أن المصنف إنما تكلم على المسألة إذا تنازعا قبل الدخول لقوله : (**تَحَالَفَا**) فما قلناه أتم.

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي قَبْضِ مُعَجَّلِ الصَّدَاقِ أَوْ مَا يُعَجَّلُ قَبْلَ الْبِنَاء ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ، وبَعْدَ الدَّخُول فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ، وفِي الْمُؤَجَّلِ قَوْلُهَا ، وقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : إِنْ كَانَ الْعُرْفُ أَلا يَتَأَخَّرَ الْمُعَجَّلُ عَنِ الدخُول ، وإِلا فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ، وقَالَ عَبْدُ الْوَهَّابِ : إِنْ كَانَ فِي كِتَابٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ، وإِلا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ...

يعني : إذا اختلفا في قبض معجل الصداق أو المؤجل الذي حل ، فقال الزوج : قد دفعته ، وقالت هي : لم أقبضه ، ففي « المدونة »[١] : إن كان النزاع قبل البناء فالقول قول المرأة ، وإن كان بعده فالقول قوله ، والمشهور افتقار من جعل القول قوله إلى يمين .

اللَّخْمِيّ وعياض : وقال ابن الماجشون : إن كان قريباً حلف وإن طال فلا يمين عليه ، وجعل في « المدونة » ورثة كل واحد من الزوجين يتنزل منزلة موروثه سواء ماتا معاً أو أحدهما ، قال في « المدونة »[٢]: وإن قال ورثة الزوج في المدخول بها : قد دفعه ، أو قالوا : لا علم لنا ، فلا شيء عليهم ، فإن ادعى ورثتها عليهم العلم حلفوا أنهم لا يعلمون أن الزوج لم يدفع ولا يمين على غائب ومن يعلم أنه لا علم عنده .

وقال القاضي إسماعيل وغيره من شيوخنا : إنما قال مالك: إن القول قول الرجل بعد البناء بالمدينة ؛ لأن عادتهم جرت بدفعه قبل البناء ، وأما في سائر الأمصار فالقول قولها ، وإلى هذا أشار بقوله : (**وقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ** ... إلخ) ، وقال عبد الوهاب[٣] تبعاً للأبهري: إنما قاله مالك حيث لم يكن المعجل مكتوباً في كتاب ، وإن كان في كتاب فالقول قولها ، وهذان قولان إنما قصد قائلهما تقييد قول مالك ، وينبغي أن يحمل قولهما على التقييد ، ولا يؤخذ ذلك من كلام المصنف بل ظاهره حمل قولهما على الخلاف ، ولابن وهب إن طالبته بالحال أو ما حل بإثر البناء فلا براءة للزوج منه إلا بالبينة ، وإن طالبته بذلك بعد طول لم يقبل قولها.

---

(١) « المدونة » (٤/ ٢٤١) .

(٢) « المدونة » (٤/ ٢٤١) .

(٣) « التلقين » (ص / ٢٧٠) .

عياض : وما قاله مالك إنما هو إذا ادعى دفعه قبل الدخول ، وأما إذا ادعى دفعه بعد الدخول فلا يصدق فيه كسائر الديون ، واستقرأ من قوله : (**أن القول قوله مع دفع المعجل**) ما حل بعد الدخول أن للمرأة منع نفسها حتى تقبضه ، وهو نص لعبد الملك عن محمد ، وفي «المنتخبة» خلافه ، وكذلك ذكر فضل عن يحيى بن يحيى ، إن أخذت بالصداق رهناً ثم سلمته ، فالقول قول الزوج مع يمينه أنه دفع ويبرأ وسواء دخل أو لم يدخل ، واختلف إذا دخل وبقي الرهن بيدها ، فقال سحنون : القول قول الزوج مع يمينه، وقال يحيى في «المنتخبة» : القول قولها مع يمينها واختاره اللَّخْمِيّ وغيره .

فرع :

إذا قال الموثق في الكتاب : النقد من الصداق كذا فهو مقتض لبقائه في ذمة الزوج ، واختلف إذا قال : نقدها كذا ، فقال سحنون : ذلك براءة للزوج من النقد ، وقال محمد: لا يبرئه ذلك حتى ينص على الدفع .

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ حُرَّيْنِ أَوْ عَبْدَيْنِ أَوْ مُخْتَلِفَيْنِ أَوْ مُسْلِمَيْنِ أَوْ مُخْتَلِفَيْنِ وَلا بَيِّنَةَ قُضِيَ لِلْمَرْأَةِ بِمَا يُعْرَفُ لِلنِّسَاءِ : كَالطَّسْت ، والْمَنَارَة ، والثِّيَابِ والْحِجَالِ والْفُرُش ، والْبُسُط والْحُلِي، والرَّجُلِ بِمَا يُعْرَفُ لِلرِّجَالِ وبِمَا يُعْرَفُ لَهُمَا ، لأَنَّهُ بَيِّنَةٌ ، عَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ بَيْنَهُمَا بَعْدَ أَيْمَانِهِمَا ....

يعني : إذا اختلف الزوجان قبل الطَّلاق وبعده في متاع البيت سواء كانا حرين أو عبدين ، أو أحدهما حر والآخر عبد ، أو مسلمين أو مختلفين بأن كان الزوج مسلماً والمرأة كتابية ، فإن قامت للمرأة بينة بما يعرف للنساء قضي لها به من غير يمين ، وكذلك هو وإن لم تقم لأحدهما بينة ، وإليه أشار بقوله : (**ولا بيِّنَة**) فإنه يقضى للمرأة بما يعرف للنساء ، وللرجل بما يعرف للرجال خاصة ، ويقضى له أيضاً بما يعرف للرجال والنساء لأن البيت للرجل وهذا هو المشهور ، وروي عن ابن القاسم مثله إلا فيما يعرف لهما فإنه قال: إنه يكون بينهما بعد أيمانهما ، وإليه أشار المصنف بقوله : (**عَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ بَيْنَهُمَا**) لأن الضمير في (**أَنَّهُ**) عائد على ما يصلح لهما ، ونقل عن ابن وهب والمغيرة مثله ، ولابن وهب أيضاً : يفسخ بينهما ما اختلفا فيه بعد أيمانهما كان من متاع النساء فقط ، أو الرجال فقط ، أو من متاعهما ، وقال ابن مسلمة : القول قول الرجل وإن كان ما ادعاه من متاع النساء فقط ، ووجه المشهور العرف ، وإذا فرَّعنا عليه فهل بيمين وهو قول ابن حبيب ؟

ابن عبد السلام : وهو مذهب «المدونة» عندهم .

المتـيطي : وهو قول المشيخة السبعـة ولا يحتاج إليها وهو قول سحنون ، هكذا حكى اللَّخْمِيّ وابن يونس والمتيطي وابن بشير وغيرهم .

ورأى صاحب « البـيان »[1]: أنه لا يختلف في توجه اليـمين إذا ادعت المرأة شيئاً من مـتاع النسـاء وكذبهـا الرجل أو بالعكس ، وإنما الخـلاف في توجه اليـمين إذا تنازع ورثة الزوجين أو ورثة أحدهما مع الآخـر دون تحقيق الدعوى في أيمان التـهم، وهذه التي تشهد لها أصول المذهب ، والطريقة الأولى أسعد بنقل المتقدمين .

ومثَّل المصنف ما يعرف للمرأة بالطست والمنارة والحجال والفرش والبسط والحلي ونحوه في «المدونة » .

والطست : إناء مبسوط القاع معطوف الأطراف يعمل في الغالب من النحاس، يعد في الغالب لغسل اليدين ، والمنارة : الشيء الذي يوضع عليه السراج ، والقباب : جمع قبة .

والحجال : قال بعض الفقهـاء : هي الستور ، قال الجوهري[2] : الحـجلة بالتحـريك واحدة حجال العروس وهي بيت تزين بالثياب والأسرة والستور .

أصبغ وأبو عمران وغيرهما : وهذا محمول على العرب بمصر في أن المرأة تأتي بها وإن طال الأمر ، فالرجل هو يخلفها .

ابن راشـــد : وعندنا أنها معروفـة للرجال ، قال في « المدونة »[3] : ويقضى لـلمرأة بجميع الحلي إلا السيف والمنطقة والخاتم فإنه للرجل ، وللرجل جميع الرقيق ذكراناً وإناثاً، وأما أصناف الماشية وما في المرابط من خـيل أو بغال فلمن حاز ذلك قبل وإن لم يكن حوز فالمركوب كله للرجل .

وقوله : الخاتم ؛ابن يونس : أي: الفضة ، يعني : وأما الذهب فهو للمرأة .

خلـيل : وجرت العادة عندنا أن صياغة خاتم الرجل لا تشـابه صياغة خاتم المرأة فيرجع إلى ذلك ، وأما الرقيق فما قـاله في « المدونة » ظاهر في الذكور ، وأما الإناث فقد يكون للنسـاء وقد يكون للـرجال فـيأتي في ذلك القـول الذي ذكـره المصنف آخرا ، مـالك في «المدونة »[4] : وإن اختلفا في الدار قضي بها للرجل .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٥/ ٤٤٤) .

(٢) « الصحاح » (١/ ١١٦) .

(٣) « تهذيب المدونة » (١/ ٣٣٧) .

(٤) « المدونة » (٤/ ٢٦٨) .

قال صاحب « البيان »[1] : العرف عندنا في ذوات الأقدار أن المرأة تخرج بالدار فإذا اختلفا يجب أن يقضى لها بها ، قال : وكذلك حفظت عن شيخنا ابن رزق ، وإذا اختلفا في الغزل فإن عرفت البينة أن الكتان له أو أقرت له به ، كانا شريكين فيه هو بقيمة الكتان وهي بقيمة الغزل ، أو إن لم تعرف البينة ذلك ولا أقرت به فالغزل لها ، وإن تولت المرأة نسج شقة فادعى الزوج أنها له فقال مالك : على المرأة البينة أن الغزل لها ، وقال ابن القاسم : هي لها وعليه البينة أن الغزل له ، فإن أقام البينة كانت الشقة بينهما ، هذا بقدر قيمة الغزل وهذه بقدر قيمة النسج بعد أن تحلف : ما نسجتها له .

فرع : وإذا طلقها وعليها ثياب وطلبته بالكسوة ، وقال لها : ما عليك فهو لي ، وقالت: بل هو لي ، أو عارية عندي .

ابن راشد : فللأندلسيين في ذلك ثلاثة أقوال : قال ابن الفخار : القول قول الزوج كما لو تنازعا في رقيق البيت ، وقال ابن دحون : القول قول المرأة إذ ليست الكسوة شيئاً موضوعاً في البيت ،وقال المشاور : إن كانت من كسوة البذلة فالقول قوله مع يمينه وإلا فقولها مع يمينها ، فإذا حلفت كساها ، ولو اشترى لزوجته ثياباً فلبستها في غير البذلة ثم فارقها وادعى أنها عارية وأنكرته ، فقال الداودي : إن كان مثله يشتري ذلك لزوجته على وجه العارية فالقول قوله مع يمينه ، وإلا فقولها ، وسواء كان لباسه أو لا ، قليلاً كان أو كثيراً ، قريباً أو بعيداً ، وقال غيره : القول قوله مطلقاً ،انتهى كلام ابن راشد .

وَمَنْ أَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى شِرَاءِ مَا لا يُقْضَى لَهُ بِهِ حَلَفَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ وَقُضِيَ لَهُ بِهِ

يعني : إذا أقام الرجل بينة على أنه اشترى ما يصلح للمرأة ولا يصلح له كالحلي أو العكس كالسيف ، ونص في « المدونة »[2] على الرجل يحلف أنه اشتراه لنفسه ، وسكت فيها عن يمين المرأة فتأول ذلك جماعة على أنه إنما سكت اكتفاءً بذكر اليمين في الرجل لعدم الفارق بينهما ، وعلى هذا اقتصر المصنف ، وتأول بعضهم ذلك على ألا تحتاج إلى اليمين بخلافه ، قال : لأن الرجال هم القوامون على النساء دون العكس ، قال في: «تهذيب الطالب » : ومنع بعض مشايخنا هذا التأويل وأنكره ، وقال لسحنون : إنما تقبل البينة إذا أقامها على أنه إنما اشتراه لنفسه ، وأما على مطلق الشراء فلا ؛ لأنه يمكن أن يكون اشتراؤه للزوجة .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٥/٤٤٦) .

(٢) « المدونة » (١٢/١٢٥) .

الْوَلِيمَةُ مَنْدُوبَةٌ

الثعـالبي والجوهري[١] : الوليمة طعام العرس ، وقال صاحب « العين »[٢] : الوليمة طعام النكاح ، وقيل : طعام الإملاك ، وقيل : طعام العرس والإملاك .

وقوله : (**مَنْدُوبَةٌ**) هو المذهب،وقد تقدم أن ابن سهل قال : يقضى بها، فتكون واجبة.

وَوَقْتُهَا: بَعْدَ الْبِنَاء

هذا ظاهر المذهب ، واستحبها بعض الشيوخ قبل البناء .

اللَّخْـمِيّ : وواسع قبله وبعده ، ولمالك في « العتبية »[٣] : لا بأس أن يولم قبل البناء وبعـده ، وقال ابن يونس: يسـتحب الإطعـام عند عقـد النكاح وعند البناء ، والمبـاح من الوليمة ما جرت به العادة من غير سرف ولا سمعة .

الباجي[٤] : والمختار منها يوم واحد .

ابن حبـيب : أكثر من يوم ، ويكره استدامة ذلك أياماً ، وأما أن يدعو في اليوم الثالث من لم يكن دعا فذلك واسع.

وَنَصَّ مَالِكٌ أَنَّ الإِجَابَةَ غَيْرُ وَاجِبَة

التعيين أن يلقى صاحب العرس الرجل فيدعوه ، أو يقول لغيره : ادع لي فلاناً بعينه ، قاله الـباجي[٥] وغيره ، أما إن قـال له : ادع لي من لقيت فلا بأس به على من دعى بمثل هذا أن يتخلف ، ومن المنكر فرش الحرير أو يكون على جـدران الدار صور أو ساتر ، قاله صاحب «الجواهر »[٦] وغيره ، ولا بأس بصور الأشجار .

ابن عـبـد السـلام : وإذا كان هناك منكر فـالمشهور أن الوجوب يسـقط ، ولا يجوز له الإتيان ، وقيل : يجوز الإتيان .

---

(١) « الصحاح » (٢/ ٢٩٤) .

(٢) « العين » (٨/ ٣٤٤) .

(٣) « البيان والتحصيل » (٥/ ١٥٦) .

(٤) « المنتقى » (٥/ ١٦٣) .

(٥) « المنتقى » (٥/ ١٦٤) .

(٦) « الجواهر » (٢/ ٤٨٧) .

وهذا كاللعب الذي لا يجوز وإن كان اللعب مباحاً ، فإن كان المدعو من غير ذوي الهيئات فالوجوب وإن كان منهم فقولان ، ومقتضى النظر إذا كان الإتيان واجبا لا يسقط باللعب الذي لا يجوز بل يذهب وينكر بيده أو بلسانه أو بقلبه ، كما لو عارضه منكر في طريق الجمعة . انتهى .

والأرذال: من يتأذى بحضوره ومجالسته من السفلة الذين تزري به مجالستهم ، قاله في « الجواهر » [١]؛ لأن هؤلاء لا يؤمن معهم على الدين ، قال في « الرسالة »[٢] : وأرخص مالك في التخلف لكثرة الزحام ،وقوله : ولا إغلاق باب دونه ، لأن إغلاق الباب دونه يحط من قدره ، وقال ابن القصار : ومذهبنا أن الوليمة غير واجبة ، والإجابة غير واجبة ولكن يستحب ، وصرح الباجي[٣] بمشهورية الأول .

ابن عبد السلام : وهو الصحيح ويعضده ما في الصحيح من حديث أبي بريدة أن رسول الله ﷺ قال : « **شر الطعام طعام الوليمة يمنعها من يأتيها ، ويدعى إليها من يأباها ، ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله** » ، وهذا الذي يجب الإتيان إليه هو طعام العرس لا طعام الإملاك ، رواه ابن القاسم وغيره .

وَوُجُوبُ أَكْلِ الْمُفْطِرِ مُحتَمَلٌ

أصله للباجي لأنه قال : لم أر فيه لاصحابنا نصا جليا ، وفي المذهب مسائل تقتضى القولين ،وهل عليه أن يأتي وهو صائم ؟ روى محمد عن مالك : أرى أن يجيب وإن لم يأكل أو كان صائماً ، وقال أصبغ : ليس بالوكيد ، قال : فقول مالك مبني على أن الأكل ليس بواجب ، وقول أصبغ على وجوب الأكل ، ولذلك أسقط وجوب الإتيان عن الصائم الذي لا يأكل.

ابن عبد السلام : ولا يبعد أن يكون القولان مبنيين على وجوب الأكل ، إلا أن مالكاً رأى أن الإجابة واجب مستقل وكذلك وجوب الأكل ، فإذا تعذر الأكل للصائم أو غيره بقي وجوب الإجابة لقوله ﷺ :« **إذا أمرتكم بأمر فأتوا ما استطعتم** »[٤]، وقول أصبغ مبني على أن الإجابة إنما وجبت وسيلة للأكل ، فإذا سقط المقصود ـ وهو الأكل ـ سقطت الوسيلة.

---

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٨٧) .

(٢) « الرسالة » (ص/ ١٦٠) .

(٣) « المنتقى » (٥/ ١٦٤) .

(٤) أخرجه البخاري (٦٨٥٨) ومسلم (١٣٣٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

وَيُكْرَهُ نَثْرُ اللَّوْزِ والسُّكَّرِ وشِبْهِهِ

أي : يكره ذلك إذا جيء به للنهبة ، وهذا قول مالك خلافاً لأبي حنيفة ، ويحرم حينئذ أن يأخذ بعـضهم ما حصل لـصاحبه ،ولو جيء به للأكل لا لـلنهبة ، فذلك جـائز وتحرم حينئذ النهبة .

فرع : قال في « البيان »[١] : اتفق أهل العلم على إجازة الغربال في العرس ، وفي الكبر والمزهر ثلاثة أقوال : قال ابن حبيب : يجوزان قياساً على الغربال .

وقـال أصـبغ : لا يحمل واحد منهما محمله ولا يجـوز استعماله في عرس وغيره ، وعليه يأتي في سمـاع سحنون عن ابن القاسم أن الكبر إذا بيع فسخ بيـعه ، وإذا قال ذلك في البكر فأحرى في المزهر لأنه المعني منه .

والقـول الثـالث : أنه يحـمل محـمله الكبـر دون المزهر ، وهو قـول ابن القـاسم في «العتـبية»[٢]ولابن كنانة في « المدنية »: إجازة البوق في العـرس ، فقيل : معنى ذلك في البوقات والزمارات التي لا تلهي .

واختلف فـيما أجيـز من ذلك ، فقيل : هو من قبـيل الجائز الذي يستوي فـعله وتركه وقيل : من الجـائز الذي تركه أولى من فعله فـهو من قبيل المكروه ، وهو قـول مالك في «المدونة »[٣] : أكره الدفاف والمعازف في العرس وغيره .

واخـتلف هل يجـوز ذلك للرجال والنسـاء ، وهو المشـهور ، وقـول ابن القـاسم في «العتبية»[٤] ، وقال أصبغ في سماعه : إنما يجوز للنساء فقط .

أَصبغ في « العتبية » : وإذا ضرب النساء الدف فلا يعجبني التصفيق بالأيدي وهو أخف من غيره .

الْقَسْمُ والنُّشُوزُ : ويَجِبُ الْقَسْمُ للزَّوْجَاتِ دُونَ الْمُسْتَوْلَدَاتِ ، والْعَبْدُ والْمَجْنُونُ والْمَرِيضُ كَغَيْرِهِمْ ، فَإِنْ لَمْ يَقْدِرِ الْمَرِيضُ أَقَامَ عِنْدَ مَنْ شَاءَ ....

يعني : ويجب على كل من له زوجات أن يعدل بينهن لقوله تعالى : ﴿**فَلا تَمِيلُوا كُلَّ**

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٦/ ٢٣٧) .
(٢) « البيان والتحصيل » (١٦/ ٢٣٧) .
(٣) « المدونة » (٤/ ١٩٤) .
(٤) « البيان والتحصيل » (١٦/ ٢٣٧) .

الْمَـيْلِ﴾ [النســاء : ١٢٩] ، وقوله تـعالى : **﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـانُكُمْ﴾** [النســاء : ٣] المعنى: إن خفتم ألا تقدروا على العـدل فانكحوا واحدة أو ما ملكت أيمانكم ، وذلك يدل على أن العدل واجب ، وروى الترمذي حديث أبي هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال : « **إذا كان عند الرجل امرأتان فلم يعدل بينهمـا جاء يوم القيامة وشقه ساقط**»[١] .

ابن بشير : وأجمعت الأمة على وجوب القسم من حيث الجملة .

وقوله : (**دُونَ الْمُسْتَوْلَدَاتِ**) لا أعلم فيه خلافاً ، قال في « المدونة »[٢] : وليس لأم الولد مع الحرة قسم ، وجـائز أن يقيم عند أم ولده ما شاء ما لم يضـار ، ووقع في نسخة ابن عبد الســلام هنا : (والأولى العدل وكف الأذى) ومعناه : القســم وإن لم يكن واجباً بين الزوجة والمستولدة ، إلا أن الأولى ما ذكره ، قال : وظاهر « المدونة »: أن كف الأذى ليس من باب الأولى وإنما هو واجب ، وذكـر ما ذكرناه عنهـا ، ولم يقع ما زاد ابن عـبد السلام عن المصنف عندنا .

قـوله : (**والْعَبْـدُ والْمَجْنُونُ**) هكذا وقع في أكثر النسخ بنونين وفي بعـضها بياءين ، والحكم في الجميع سواء .

وقوله : (**فَإِنْ لَمْ يَقْدِرِ الْمَرِيضُ أَقَامَ عِنْدَ مَنْ شَاءَ**) لما خرجه أبو داود أن رسول الله ﷺ بعث إلى نسائه - يعنى : في مرضه - فاجتمعن ، فقال : « **إني لا أقـدر أن أدور بينكن ، فإن رأيتن أن تأذن لي فأكون عند عائشة فعلتن** » فأذِنَّ له[٣] .

وهذا منه ﷺ إنما تشريع لأمته ، وتطييب لقلوبهن ، وإلا فالقسم عليه ليس واجبا على ما نص عليه العلماء .

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١٣٣) والترمـذي (١١٤١) والنسائي (٣٩٤٢) وفي « الكبرى » (٨٨٩٠) وابن مـاجـه (١٩٦٩) وأحمـد (٧٩٢٣) والدارمى (٢٢٠٦) والحـاكم (٢٧٥٩) والطيـالسي (٢٤٥٤) والبيهقى في « الكبرى » (١٤٥١٥) ، وصححه الألبانى - رحمه الله - .

(٢) « تهذيب المدونة » (١/ ٣٣٩) .

(٣) أخرجه أبو داود (٢١٣٧)، والبيهـقي في « الكبرى » (١٤٥٢٤) من حديث عائشة رضي الله عنها ، وصححه الألباني - رحمه الله - .

وَالصَّغيـرَةُ الْمَـوْطُوءَةُ ، والْمَرِيضَـةُ ، والْجَـذْمَاءُ ، والرَّتْقَـاءُ ، والْحَـائِضُ وَالنُّفَسَـاءُ ، والْمُحْرِمَةُ والْمُولَى مِنْهَا ، والمظَاهَرُ مِنْهَا وشِبْهُهُنَّ كَغَيْرِهِنَّ ...

يعـني : أن من قام بها مانع لا يسقط حقها وسواء كـان المانع شرعيا كالظهار أو عقليا كالرتقاء وكلامه ظاهر .

وَعَلَى وَلِيِّ الْمَجْنُونِ أَنْ يَطُوفَ بِهِ عَلَيْهِنَّ

لما قدم أن المجنون كالصحيح ، بَيَّنَ أن ذلك على الولي؛ لأنه كالناظر لمصالحه .

أَمَّا الْوَاحِدَةُ فَلا يَجِبُ الْمَبِيتُ عِنْدَهَا

هكذا في « الجواهر »[1]،زاد :ولكن يستحل ذلك ليحصنها ، وهذا مقيد بعدم الضرر.

فرع : ولو خاصمها الرجل في الجماع ، ففي الضرر على المشاور : أنه يقضى له عليها بأربع مرات في الليل وأربع مرات في اليوم ، ونقله صاحب «المفيد » غن عبد الله بن الزبير ، ونقل عن المغيرة : أنه يفرض له أربع مرات بين اليوم والليلة ، وعن أنس بن مالك : أنه يفرض له عليها عشر مرات في اليوم والليلة .

وَلا يَدْخُلُ عَلَى ضَرَّتِهَا فِي زَمَانِهَا إِلا لِحَاجَةٍ ، وقِيلَ : إِلا لِضَرُورَةٍ

يـعنـي : أنه ليس له أن يأتي في يوم واحدة ليـقيم عند غيـرها ، واختلف هل يدخل لقضاء حاجة ؟ فأجاز مـالك في « الموازية » : أن يأتي عابراً أو لحاجة أو ليضع ثيابه عندها وليس عند الأخرى شيء من ثيابه إذا كان منه ذلك على غير ميل ولا ضرر ، وقال أيضاً : لا يقيم عند إحداهن إلا عن عذر لا بد منه من اقتضاء دين أو تجارة أو علاج .

ابن الماجشون : ولا بأس أن يقيم بباب إحداهما يسلم من غير أن يدخل ، وأن يأكل ما تبعث به إليه .

واختلف إذا أغلقت إحداهما بابها دونه ، فقال مالك في « الموازية » : إن قدر أن يبيت في حجرتها وإلا ذهب إلى الأخرى ، وقال أبو القاسم : لا يذهب إلى الأخرى وإن كانت هي الظالمة .

أصبغ : إلا أن يكثر منها ولا مأوى له سواهما .

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٤٨٨) .

وَيَبْـدَأُ بِاللَّيلِ اخْـتِيَـارا ، ولا يَزِيدُ عَلَى يَوْمٍ ولَيْلَةٍ إلا بِرِضَـاهُنَّ إلا أَنْ يَتَبَـاعَدَ بَلَدَاهُمَـا فَيَقْسِمُ عَلَى مَا يُمْكِنُهُ ...

قال مالك في « الموازية » : له أن يبدأ بالليل قبل النهار وبالنهار قبل الليل .

الباجي[1] : لأن الذي عليه أن يكمل لكل واحدة يوماً وليلة ، قال : والأظهر من قول أصحابنا يبدأ بالليل .

محمد عن مالك : لا يجوز أن يقسم لكل واحدة يومين ، ولو جاز لجاز ثلاثة وأربعة .

قـوله : (**إلا بِرِضَاهُنَّ إلا أَنْ يَتَبَاعَدَ** . . .إلـخ)،ظاهر التصور ونحوه في «الباجي»[2] و«الجواهر»[3] .

وَلا يَجْمَعُ بَيْنَ ضَرَّتَيْنِ فِي مَكَانٍ

أما الجمع بينهما في دار واحدة ويكون لكل واحـدة منزل فذلك من حقهن ، فيجوز إذا رضيا .

اللَّخْـميّ والمتيطي : ولا يطأ واحدة وفي البيت أخـرى ، ولا يجوز أن يصيب الرجل زوجته أو أمتـه ومعه في البيت أحد يقظان أو نائم ، واخـتلف في جمع المرأتين في فراش واحد من غـير وطء برضاهن ، فمنعـه مالك في «كتاب مـحمد» وكرهه ابن الماجـشون ، واختلف أيضاً في الإماء ، فمنعه مالك في « الموازية » وكرهه مرة ، وقال ابن الماجشون : لا بأس به بخلاف الحرتين ، ومنع محـمد بن سحنون أن يدخل الحمام بزوجتيـه جميعاً ، وأجازه بالواحدة .

وَلا يَسْتَدْعِيهُنَّ إِلَى بَيْتِه عَلَى التَّنَاوُبِ إِلا بِرِضَاهُنَّ

لأن من حقـهن أن يأتي إليهن فإن أسقـطنه جاز ، وقد كان ﷺ مع جـلالة قدره يدور على نسائه .

وَلَيْسَت التَّسْـوِيَةُ فِي الْوَطْءِ بِوَاجِبٍ مَا لَمْ يُقْصَدِ الضَّرَرُ ، وكَذَلِكَ لَوْ كَفَّ لِتَـتَوَفَّرَ لَذَّتُهُ فِي الأُخْرَى ...

---

(١) « المنتقى » (٥/ ١١٥) .

(٢) « المنتقى » (٥/ ١١٥) .

(٣) « الجواهر » (٢/ ٤٨٩) .

بل يبقى على سجيته فمن دعته نفسه إليها أتاها ؛ ولأن الوطء ينشأ عن المحبة ، والمحبة لا تدخل تحت الاختيار ، ومن الضرر الممنوع إذا دعته نفسه فكف لتتوفر لذته في الأخرى، وهل يتطوع لواحدة بأكثر مما يجب لها من النفقة والكسوة ؟ فاختاره ابن حبيب ، وقال مالك في « الموازية » : لا بأس أن يكسو إحداهما الخز والحلي ، ما لم يكن على وجه الميل ، وقال أيضاً : لا بأس بالشيء اليسير ما لم يكن على وجه الميل .

اللَّخْمِيّ : وهو أحسن ، ولا تجب المساواة بينهما في النفقة والكسوة ؛ لأن إحداهما قد تكون ذات قدر ومنصب .

وَإِذَا تَجَدَّدَ نكَاحُ بِكْرٍ بَاتَ عِنْدَهَا سَبْعا ، والثَّيِّبُ ثَلاثاً ، سَوَاءٌ الْحُرَّةُ والأَمَةُ ، والْمُسْلِمَةُ والْكِتَابِيَّةُ ، وَلا يُقْضَى ...

لما في الصحيحين عن أنس قال : « **إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعاً ، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً** » ، قال خالد الحذَّاء : ولو قلتُ : رفعه لصدقت ، ولكنه قال : السنة كذا .

وفي « الموطأ » [(١)]: أنه عليه الصلاة والسلام قال لأمة سلمة حين تزوجها وأصبحت عنده : « **ليس بك على أهلك هوان ، إن شئت سبَّعتُ عندك وسبعت عندهن ، وإن شئت ثلَّثتُ عندك ودُرْتُ** » فقالت : ثلث .

ابن عبد البر[(٢)]: وهو حديث متصل صحيح ، قال صاحب « الإكمال »[(٣)] وغيره : والمراد بالأهل في قوله عليه الصلاة والسلام : « **ليس بك على أهلك** »[(٤)] هو ﷺ .

المتيطي :والمشهور أن هذا إنما يكون إذا كانت عنده امرأة غيرها ، وقد يفهم ذلك من قول المصنف : (**تَجَدَّدَ**) ، وحكى أبو الفرج عن مالك أن ذلك لها وإن لم يكن عنده غيرها، وقاله ابن عبد الحكم .

وقوله :(**سَوَاءٌ الْحُرَّةُ والأَمَةُ ، والْمُسْلِمَةُ والْكِتَابِيَّةُ**) ، ظاهر قوله : (**وَلا يُقْضَى**) أي : لبقية نسائه مثل ما مكث عند الجديدة .

---

(١) «الموطأ» (١٩٣٥) .

(٢) « الاستذكار » (٥/ ٤٣٧) . (٣) « الإكمال » (٤/ ٣٤٠) .

(٤) أخرجه مسلم (١٤٦٠) من حديث أم سلمة - رضي الله عنها - .

وَفِي الْقَضَاءِ لَهَا بِهِ قَوْلانِ

حكى ابن الجلاب[١] وعبد الوهاب[٢] في كون الإقامة المذكورة حقا للزوج للاستمتاع بالجديدة، أو حقا لها لتزيل ما عندها من الوحش بمفارقة أهلها روايتين .

عبد الوهاب[٣] : وفائدة ذلك أنها إن كانت له جاز له فعله وتركه ، وإن كانت حقا لها لم يجز له تركه إلا بإذنها ، وحكى ابن القصار : أنها لهما جميعاً .

قال الباجي[٤]: وإذا قلنا: إنها حق للزوجة هل يقضي بها ؟ قال محمد عن أصبغ : هو حق عليه ولا يقضى بها عليه كالمتعة ، وفي « النوادر» عن محمد بن عبد الحكم : يقضى بها عليه، والذي ذهب إليه ابن القاسم في « المدونة » واختاره اللَّخْمِيّ وغيره ، أنها حق لازم على الرجل وللمرأة .

وَفِي إجَابَةِ الثَّيِّب إلَى سَبْعٍ قَوْلانِ ، وعَلَى الإِجَابَةِ يَقْضِي سَبْعا سَبْعا

القول بعدم الإجابة رواه ابن المواز عن مالك ، والإجابة حكاها القاضي أبو الحسن ، قال : وإذا اختارت السبع قضى لسائر نسائه سبعاً سبعاً ، لقوله عليه الصلاة والسلام : «**إن شئت سبعت عندك وسبعت عندهن** »[٥] .

اللَّخْمِيّ : وبهذا قال أنس بن مالك والشافعي والنخعي وابن حنبل وإسحاق .

ونقل ابن عبد السلام عن جماعة من محققي أهل العلم أنهم فهموا الحديث على أنه إن شئت سبعا عندك بعد الثلاث ، لأنه لو حسب الثلاث في السبع ثم قضى لهن سبعاً سبعاً لم يكن للجديدة شيء اختصت به ، ويدل عليه أن في بعض طرق الحديث أم سلمة ، أن النبي ﷺ لما تزوجها أقام عندها ثلاثاً ثم أراد أن يدور فأخذت بثوبه ، فقال : « **ما شئت ، إن شئت أزيدك ثم قاصصتك به بعد اليوم** » .

وله بعد التسبيع والتثليث أن يبدأ بأيهما أحب .

ابن المواز : أحب إلي أن يبدأ بالقديمة .

---

(١) « التفريع » (١/ ٢٥٤) .

(٢) « المعونة » (١/ ٥٤٨) .

(٣) « المعونة » (١/ ٥٤٨) .

(٤) « المنتقى » (٥/ ١١٦) .

(٥) تقدم تخريجه .

ابن يونس [١]: وقاله مالك في القادم بإحداهن من سفر ، ولا يتخلف العروس في هذه المدة عن الجماعة والجمعة .

ابـن يـونـس : ويتصـرف في حوائجه ، وقال بعض الناس : لا يخـرج وذلك حق لها عليـه، وتأوله في «تهذيب الطالب» ، فـقال : يريد أنه لا يخـرج لصلاة الجـماعـة ، أما الجمعة فلا يدعها لأنها فرض عين .

وَالْمَشْهُـور التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الْحُرَّةِ والأَمَـةِ ، وقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ : رَجَعَ مَـالِك إِلَى لَيْلَتَيْنِ لِلْحُرَةِ....

المشهور هو اختيار ابن القاسم في « المدونة » .

وَإِذَا ظَلَمَ فِي الْقَسْمِ فَـاتَ ، فَإِنْ كَانَ بِإِقَـامَةِ عِنْدَ غَيْـرِهَا كَفَوَاتِ خِدْمَـةِ الْمُعْتَقِ بَعْـضُهُ بِأبق، واسْتَـقْرَأَ اللَّخْمِيّ فِي مَنْ لَهُ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ فَـأَقَامَ عِنْدَ إِحْدَاهُنَّ شَـهْرَيْنِ ثُمَّ حَلَفَ لاَ يَطَأَهَا سِتَةَ أَشْهُرٍ حَتَّى يُوَفِّيَهُنَّ أَنَّهُ لَيْسَ بِمولٍ إِذَا قَصَدَ الْعَدْلَ أَنَّهُ لا يَفُوتُ ...

القـول بالفوات مـذهب « المدونة » ، وهو المنصوص؛ لأن من حـجة المقـيم عندها أن تقول: ليس الظلم من قبلي وحقي في القسم ثابت .

وقوله : (**فَإِنْ كَانَ بِإِقَامَةِ عِنْدَ غَيْرِهَا**) مبالغة ؛ لأن ظلمه على وجهين :

أحدهما : أن يذهب بيوم إحداهما ولا يمضي إلى الأخرى .

والثاني : أن يمضي إلى الأخرى .

وتخريج اللَّخْمِيّ إنما في الثاني ، فأشار المصنف إلى أنه لا فرق بينهما على المنصوص، والمسألة التي استـقرأ منها اللَّخْمِيّ في « السليـمانية» ، وهي إذا كان عنده أربع نسـوة فأقام عند إحداهما شهرين وأراد أن يدور على البواقي ، فقالت التي أقام عندها شهرين: لا تزيد على ليلة ، فحلف لا يطأها ستة أشهر حتى يوفي البواقي ، فقال مالك : ليس بمول؛ لأنه لم يرد الضرر وإنما أراد العدل .

اللخمي : فلو لم يلزم القضاء لكان موليا .

ورد بأنه لم يقصد الضرر بذلك بل أراد العدل ، فيكون كمن حلف ألا يطأ زوجته حتى تفطم ولدها .

---

(١) «الجامع» (٣٢٩/٤) .

وأجيب: بأن المرضع يعود النفع إلى ولدها بخلاف هذه .

وقوله : (أَنَّهُ لا يَفُوتُ) مفعول باستقراء .

وَإِذَا وَهَبَتَ وَاحِدَةٌ يَوْمَهَا لِضَرَّتِهَا فَلِلزَّوْجِ الامْتِنَاعُ لا لِلْمَوْهُوبَةِ

له الامتناع لأنه قد يكون له غرض في هذه والحق له ، وفي «الصحيح»: أن سودة لما كبرت جعلت يومها من رسول الله ﷺ لعائشة ، **فكان رسول الله ﷺ يقسم لعائشة يومين يومها ويوم سودة** [(١)].

فَإِنْ وَهَبَتَ الزَّوْجَ قُدِّرَتْ كَالْعَدَمِ ولا يُخَصِّصُ هُوَ

يعني : إذا وهبت لضرتها بقية أيام القسم على حالها ويكون للموهوبة يومان ، وأما إذا وهبت للزوج فإنها تكون كالعدم فلا يخصص هو بذلك اليوم غيرها ، فإن كانت النسوة أربعاً كان أيام القسم في المسألة الأولى أربعة على حالها ، وفي الثانية ثلاثة ، وينبغي إذا وهبت للزوج أن تسأل هل أرادت الإسقاط أو تمليك الزوج ؟ فإن أرادت الثاني فله أن يخصص بيومها من يشاء .

وَلَهَا الرجُوعُ مَتَى شَاءَتْ

يعني : في الصورتين .

اللَّخْمِيّ : وسواء كانت الهبة مقيدة بوقت أو للأبد لأن ذلك مما تدركها فيه الغيرة ، ولا تقدر على الوفاء بما وهبت إلا أن يكون اليوم أو اليومين ، واختلف في بيعها اليوم وشبهه، فقال مالك في « الموازية » : لا أحب أن تشتري من صاحبتها يوماً ولا شهراً ، وأرجو أن يكون في ليلة خفيفاً .

قيل له : فإن أرضى إحدى امرأتيه بشيء أعطاها ليومها ليكون فيه عند الأخرى ، فقال: إن الناس لا يفعلون ذلك وغيره أحب إلي ، وإن أذنت له أن يطأ الأخرى في يومها فلا بأس .

ابن عبد السلام : والأقرب جواز البيع ولو طلب إذنها في إجبار غيرها فلم تأذن له فيخيرها بين الطَّلاق وأن لا بيات عليها فأذنت له بسبب ذلك ، ففي ذلك قولان .

خليل : وانظر هل يقيد رجوعها في هذه المسألة بما إذا لم تدخل ضرتها الأخرى في شيء كما قالوا في اعتصار الأب ما وهب لولده .

---

(١) أخرجه البخاري (٢٥٩٣) ، ومسلم (١٤٦٣) من حديث عائشة رضي الله عنها .

وَإِذَا أَرَادَ سَفَرا بِإِحْدَاهُنَّ فَثَالِثُهَا : إِنْ كَانَ غَزْوا أَوْ حَجا أَقْرَعَ وإِلا اخْتَارَ

يعـني : وإذا أراد أن يسافر فهل لابد من القرعة وهي رواية ابن عبد الحكم ، لما روي أنه عليه الصلاة والسلام كان إذا هـمَّ بسفر يقرع بين نسائه(١) ، أو له أن يختـار وهو أيضاً مروي عن مـالك ، لأن المصلحة قد تكـون في إقامة إحـداهن إما لثقل جـسم ، أو لكثرة عيالها ، أو لحفظها لماله ، إلى غير ذلك .

ابن بشـيـر متممـا لهذا القول : إلا أن يكون في السفر عليها معـرة ومضرة فلا يجبرها عليها، أو يقرع في الحج والغزو دون غيرها وهو أيضاً لمالك ، وظاهر «المدونة» أنه لا يُقرع إلا في الغزو فقط لقوله فيها : وإن سافر لحاجة أو حج أو غزو سافر بأيتهن شاء بغير قرعة إذا كان على غـير ضرر ولا ميل ، وإن كـانت القرعة في الغـزو وحده ، لما روي أن النبي ﷺ فعله فـيه ، فيـتحصل في المسألة أربـعة أقوال ، لكن فهم صـاحب « البيان » وغـيره «المدونة» على أنه يختار مطلقاً ، فلا يكون في المسألة إلا ثلاثة أقوال ، وطريق عبد الوهاب تخالف هذه ، فإنه قـال : إن كانت إحداهن تصلح دون الأخرى كان له الاخـتيار وإن كن كلهن يصلحن فإن كان سفر حج أو غزو أقـرع ، وفي سفر التجارة روايتان ، ولا يحاسب من سافر بها بعد رجوعه بل يبتدئ القسم .

وَإِذَا نَشَزَتْ وَعَظَهَا ثُـمَّ هَجَرَهَا ثُمَّ ضَرَبَهَا ضَرْبًا غَـيْرَ مَخُوفٍ ، فَإِنْ ظَـنَّ أَنَّهُ لا يُفِيدُ لَمْ يَجُزْ ضَرْبُهَا أَصْلاً ..

لقوله تـعالى : ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ﴾ الآية [النســاء : ٣٤] ، ولما كان في الآية حـذف مضاف ، والتـقدير : تخافـون ضرر نشوزهن، قال المصنف : (وَإِذَا نَشَزَتْ) ولا يقال عطفه بـ (ثُمَّ) مخالف للآية للعطف فيها بالواو والمقتـضيـة لجواز الجمع لأن العـطف في الآية باعتبـار جمـاعة النسوة، فـمنهن من يصلحهن الوعظ ، ومنهن من يصلحهن الهجران ، ومنهن من لا يصلحهن إلا الضرب .

وتقييـد المصنف الضرب بأن يكون (غَيْـرَ مَخُـوف) صحـيح ، وإذا غلب على ظنه أن الضرب لا يفيد لم يـجز له ضربها ، لأن المقصود صلاح الحـال ، والوسيلة عند ظن عدم مقصدها لا تشرع.

عيـاض : والنشوز : الامتناع من الزوج والاستعـصاء عليه ، والنشوز أصله الارتفاع ، والنشـز : ما ارتفع من الأرض ، والـنشوز يطلق علـى الرجل والمرأة ، قال الله تعـالى :

(١) أخرجه البخاري (٢٥٩٣) ، ومسلم (٢٤٤٥) .

﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا﴾ [النساء : ١٢٨] .

فَإِنْ كَانَ الْعُدْوَانُ مِنْهُ زُجِرَ عَنْهُ

أي : زجره الحاكم ، وأما إن كان العدوان منها فإن رجا الحاكم إصلاحاً زجر الزوج كما تقدم وإلا زجرها ، وإن كان العدوان منهما فإن الإمام يزجرهما .

فَإِنْ أَشْكَلَ وَلا بَيِّنَةَ وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى الإِصْلاحِ أَقَامَ الْحَاكِمُ أَوِ الزَّوْجَانِ أَوْ مَنْ يَلِي عَلَيْهِمَا حُكْمَيْنِ ...

قوله : (وَلا بَيِّنَةَ) : لأنه لو قامت لها بينة أنه يضر بها كان لها أن تفارق .

ابن الهندي في «وثائقه الكبرى» : ولها تطليق نفسها وإن لم تشهد البينة بتكرر الضرر ، وقيل : ليس لها ذلك حتى تشهد بتكرره ، فإن لم تقم بينة وادَّعى كل واحد إضرار صاحبه زُجرا معاً ، فإن تكرر ترددادهما أمره القاضي أن يسكنها بين قوم صالحين وكلفهم تفقد خبرها ، وإن كان ساكناً بها بين قوم هذه صفتهم لم يكلفهم نقلها عنهم ، وليس عليه أن يرحلها من البادية إلى الحاضرة ، ولا من طرف المدينة إلى وسطها ، إلا أن لا يجد فيمن حولهما من يضمها إليه ، وإن شكت الوحدة ضمت إلى الجماعة والأمن إلا أن يتزوجها على ذلك ، ثم إن خفي عن الإمام الخبر وطال التكرر ولم يتبين الظالم فظاهر المذهب وهو الظاهر في النظر أنه يعمل بأمينة بل بالحكمين ، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ [النساء : ٣٥] قيل : ولا يكون الحكمان معهما ملازمين وإنما يدخلان عليهما المرة بعد المرة ، قال جماعة والآية محكمة .

المتيطي وغيره : ولم يترك العمل بها غير يحيى بن يحيى .

ابن عبد البر في «تاريخه» : وكان ذلك مما ينكر عليه وتابعه عليه ولده عبيد الله ، وأنكر بعث الحكمين على من استفتاه فيه من القضاة ، وقال : لم يحكم بذلك أحد ممن كان قبلك من أئمة العدل ، وجهل فإن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك ذكره ابن حبيب ، وبعث عثمان في ذلك علياً ومعاوية ، رواه ابن وهب عن ربيعة في« المدونة » .

وقال في «الكافي» [1]: يحيى بن يحيى يفتي في الحال التي يحتاج فيها إلى إرسال

---

(١) « الكافي » (ص / ٢٧٩) .

الحكمين بدار أمين ، وجرى العمل بذلك عندنا .

خليل : وفيه نظر ، وكيف يعمل بغير مقتضى الآية ويترك مدلولها ، ودعوى النسخ ضعيفة فإنه لم يثبت ، وقال بعض من الأندلسيين من أصحابنا ممن وافق على الحكمين : بأنه يعمل بقول أمينة أو أمين قبلهما .

ونقل عن مطرف وأصبغ وابن دينار ويقضي بذلك عليهما ، وقال غيره : لا يقضى بذلك ، وإنما يكون إذا اتفق الزوجان ونفقتهما عند من يقول بهما على الزوجين .

وقيل : وإن وجه الإمام أمينة فإنه يقبل قولها وحدها وهي ضرورة ،ونقل في « الطرر » عن المشاور: أن الزوج إذا ادعى أنها تضر به ، ودعي إلى دار أمين كان ذلك له بأي وجه ادعاه .

قوله : (**أَوْ مَنْ يَلِي عَلَيْهِمَا**) : أي الأبوان أو الوصيان وليس للعصبة في ذلك مدخل ، ومذهبنا أن للحاكم وللزوجين ولمن يلي عليهما إقامة الحكمين ، وفي « المدونة »[1] : قال ربيعة : لا يبعثهما إلا السلطان .

ذَكَرَيْنِ حُرَّيْنِ عَدْلَيْنِ فَقِيهَيْنِ بِذَلِكَ حَكَما مِنْ أَهْلِه وحَكَما مِنْ أَهْلِهَا

لا شك إذا اجتمعت في الحكمين هذه الصفات أن يجوز تحكيمهما ، وأما إذا اختل بعضها ففي « المدونة »[2]: لا يجوز في ذلك تحكيم عبد ولا صبي ولا مشرك أو سفيه أو امرأة ولو بعثها الإمام ؛ لأن ذلك خارج عما أراده الله تعالى من الإصلاح إلى الضرر وهو لا يجوز منهم اثنان فكيف بواحد ؟ ثم قال : ولو حكم الزوجان من ذكرنا أنه لا يحكم ففرّق ؛ لم يمض ذلك ولا يكون طلاقاً ، لأن ذلك لم يكن على وجه تمليك الطلاق ، ويدل على ذلك دخول الزوجة فيه بتحكيمهما ولا مدخل للزوجة في تمليك الطلاق ، وروي عن عبد الملك وأشهب وأصبغ أن تحكيم المرأة والعبد العارفين المأمونين جائز ، وحكمهما لازم ما لم يكن خطأ بينا .

وقال ابن المواز : يمضي حكم المسخوط ، وحكى في تحكيم المرأة والعبد والصبي الذي يعقل ثلاثة أقوال ، الجواز والمنع في العبد خاصة ، ولا خلاف أن النصراني والصبي المسلم الذي لا يعقل لا يجوز تحكيمهما .

---

(١) « المدونة » (٥/ ٣٧١) .

(٢) « المدونة » (٥/ ٣٧١) .

فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلاهُمَا فَمِنْ غَيْرِهِ

أي : فإن لم يوجد أحد الحكمين على هذه الصفة من أهلها أو لم يوجدا معا .

(**فَمِنْ غَيْرِهِ**) أي : غير الأهل ، وظاهر كلام المصنف وهو ظاهر الآية أن كونهما من الأهل شرط واجب ، وقد نص المتيطي على ذلك ، وتردد اللَّخْمِيّ في نقض الحكم إذا حكَّم القاضي أجنبيين مع وجود الأهل .

ابن عبد السلام : وقال بعض الشيوخ :إن هذا الشرط وكونهما فقيهين من شروط الكمال.

وَيَجُوزُ أَنْ يُقِيمَ الزَّوْجَانِ أَوِ الْوَلِيَّانِ خَاصَّةً وَاحِدا عَلَى الصِّفَةِ لا عَلَى غَيْرِهَا

ما ذكره من أن للوليين إقامة الواحد مخالف للباجي[1] فإنه نصّ أن إقامة الواحد خاص بالزوجين ، قال : ولا يجوز ذلك للسلطان ولا لولي اليتيمين ؛ لأن في ذلك إسقاطاً لحق الزوجين ، وقال اللَّخْمِيّ : للسلطان أن يحكِّم رجلاً أجنبيا لأنه إنما جُعل رجلان إذا كانا من الأهل ، لأن كل واحد يستبطن علم من هو مِن قِبَله ، فإذا خرجا عن أن يكون من الأهل أجزأ واحد ، وأجزأت امرأة على الأصل .

ففي «الأحكام» : إنها تجزئ بالواحد ، وفي هذا أيضاً مخالفة لكلام المصنف لكونه جعل للسلطان إقامة واحد ، والمصنف منع من ذلك لقوله : (**خَاصَّةً**) .

فإن قيل : لم جاز هنا تحكيم واحد ، ولم يجز في تحكيم جزاء الصيد إلا اثنان ، وقد جاء النص بتحكيم اثنين في الموضعين ؟

فالجواب: أن جزاء الصيد حق لله تعالى فلم يجز إسقاطه ، والتحكيم هنا حق للزوجين فكان لهما إسقاطه .

وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَكُونَا جَارَيْنِ

يعني : سواء كانا من الأهل أو من غيرهم ، لأن الجيران لا يخفى عليهم في الغالب أمرهم .

وَغَيْرَ الْمَدْخُولِ بِهَا كَذَلِكَ

أي : في النشوز وإقامة الحكمين لأن الآية عامة في الزوجين لكن الغالب إنما يحصل

---

(١) « المنتقى » (٥/١١٦) .

ذلك في المدخول بهـا ، ونصّ في «المدونة»[١] و «الموازية» على ما ذكـره المصنف واحتج بعضهم على صحة قول ابن لبابة في التي شرط لهـا زوجها في عقد نكاحها ألا يضربها ، فإن فعـل فأمرها بيدها فـقامت عليه بذلك قبل الدخـول بها ، قال ابن لبابة : لـها الأخذ بشرطها ، وقال غيره من معاصريه: ليس لها الأخذ بذلك .

وَهُمَا حَكَمَانِ ولَوْ كَانَا مِنْ جِهَةِ الزَّوْجَيْنِ لا وَكِيلانِ عَلَى الأَصَحِّ

يدل على أنهما حكمان دخول الزوجة في التحكيم وهي ليس لها من الطَّلاق شيء حتى توكل عليه .

ابن راشد : ولم أقف على القول بأنهما وكيلان . انتهى .

وحكاه في « الجـواهر »[٢] ابن عبد السلام ، ولعل محـلَّ الخلاف إن ثبت أن حكمهما الزوجان لا القاضي .

فَيَنْفُذُ طَلاقُهُمَا مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الزَّوْجِ وحُكْمِ الحَاكِمِ

لأن حكم الحاكم لا يتوقف على رضا المحكوم عليه .

وَعَلَيْهِـمَا أَنْ يُصْلِحَا فَـإِنْ لَمْ يَقْدِرَا فَإِنْ كَـانَ الْمُسِيءُ الزَّوْجَ فَـرَّقَا بَيْنَهُمَـا ، وإِنْ كَانَتِ الزَّوْجَةَ ائْتَمَنَّاهُ عَلَيْهَا أَو خَالَعَا لَهُ بِنَظَرِهِمَا ،وإِنْ كَانَتْ مِنْهُمَا خَالَعَا لَهُ بِمَا يَخِفُّ بِنَظَرِهِمَا ...

يـعنـي : أنهما ينظران أولاً بالإصلاح والألفة وحـسن المعاشرة ، وإن لم يمكنهما ذلك انتقلا إلى الفراق ، قال جماعة : ولا يعذر الحكمان قبل حكمهما .

ابن رشد[٣]: لأنهما لم يحكما في ذلك بالشهادة القاطعة وإنما يحكمان بما خلص إليهما بعد النظر .

قوله : (**فَإِنْ كَانَ الْمُسِيءُ الزَّوْجَ فَرَّقَا بَيْنَهُمَا**) يريد من غير أن يسقطا شيئاً من الصداق، وقاله اللَّخْمِيّ وغيره .

وفي «الـكافـي»[٤]: ليس لهما أن يأخـذا من الزوج على أن يطلق ،وقد قيل: ذلك جائز.

قوله :(**وإِنْ كَانَتِ الزَّوْجَةَ**) أي :فإن كان المسيء الزوجة فقط ائتمناه عليها وتقرّ عنده .

---

(١) « المدونة » (٥/ ٣٧٢) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٤٨٩) .

(٣) « المقدمات » (١/ ٢٩٥) .

(٤) « الكافى » (ص / ٢٥٢) .

اللخمي : إلا أن يحب هو الفراق فيفترقان ولا شيء لها من الصداق .

وقال عبد الملك في «المبسوط» : لو حكما عليها بأكثر من الصداق جاز ذلك إذا كان سداداً .

قوله : **(وإِنْ كَانَتْ منْهُمَا)** أي : الإساءة خالعا له بما يخف بنظرهما ، كقول ربيعة في « المدونة »[(١)] : أعطِ الزوج بعض الصداق .

واختلف في قول ربيعة هل هو وفاق المذهب ؟ فقال أبو عمران : معنى ظلمه لها في هذا الوجه أي : بدعواها ولم يثبت ذلك ، ولو ثبت ظلمه لم يجز أن يأخذ منها شيئاً على الفراق ، ولو حمل كلام ربيعة على ظاهره كان مخالفاً للمذهب ، فقد قال بعض شيوخ إفريقية : لا يجوز أن يخالع الرجل زوجته على أن يأخذ منها إذا كان الضرر منهما جميعاً، وهو منصوص لعلمائنا وخالفه الأكثرون منهم ، وحمل كلامه على ظاهره ورآه موافقاً للمذهب ، وأشار اللَّخْمِيّ إلى أنه إن كان ضررهما متساوياً أخذ له نصف الصداق ، وإن كان الإضرار منها أكثر أخذ منها أكثر من ذلك ، وفرق بين ما أشار إليه أبو عمران هنا وبين الخلع بأن الحكم هاهنا بغير الزوجين يحكمان في ذلك بالاجتهاد بخلاف الخلع .

فرع :

قال في «الموازية» : وإذا تنازع أحد الزوجين أو نزعا جميعاً قبل حكم الحكمين بذلك لمن نزع إلا أن يكون السلطان هو الباعث ، أو يكون النزوع بعد أن استوعبا الكشف عن أمرهما وعزما على الحكم ، فلا يعتبر نزوع من نزع ويلزمه الحكم .

ابن يونس : لعله يريد إذا نزع أحدهما وأما لو نزعا جميعاً ورضيا بالإصلاح والبقاء ، فينبغي ألا يفرق بينهما ، وذكر بعضهم قولين في نزوع الزوجين قبل الحكم بخلاف نزوعهما بعده .

وَإِذَا حَكَمَا بِأَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ لَمْ يَلْزَمِ الزَّائِدُ

وفي بعض النسخ: (وقيل : يلزم) .

وقوله : **(يَلْزَمِ الزَّائِدُ)** أي : وإنما تلزم واحدة ، قال في « المدونة »[(٢)] : لأن ما زاد على الواحدة خارج عن معنى الصلاح .

المتيطي وابن راشد : وقال ابن القاسم في «الموازية »: يلزمه ما أوقعا عليه وإن كان ثلاثاً إذا اجتمعا على ذلك وقاله أصبغ ، وروى مطرف عن مالك في «ثمانية أبي زيد »: إذا

---

(١) « المدونة » (٥/٣٧٢) .
(٢) « المدونة » (٥/ ٣٧٠) .

اجتمعا علـى أكثر من واحدة لم يلزم الزوج شيء ، يريد لأنهما قضيـا بغير المشرع ، وبنى البــاجي[1] القولين على الخلاف في العبـد يتزوج بغير إذن السيد فيفـرق بينهما بثلاث ، والأمة تعتق تحت العبد فتختار نفسها بثلاث ، هل يلزم البتات أو واحدة ؟

وَإِذَا طَلَّقَهَا واخْتَلَفَا فِي الْخُلْعِ فَلِلغَارِمِ الْمَنْعُ

الغارم هو المرأة .

اللخمي : ولا يلزم الزوج طلاق .

عبـد الملك : إلا أن تعطي له الزوجة المال فيلزم الـزوجة الطَّلاق وتبين بذلك ، ويجري فيهـا قول آخر : لا يلزمه الطَّلاق ولو أمـضت له المال ، قياساً على اخـتلاف الحكمين في العبد ، فقال ابن القاسم : لا يجزئه وإن أخرج ما حكما به ، وكأنه أخرج بغير حكم لأن الحكم لم يصح .

وَفِي الْعَـدَدِ : مَشْـهُورُهَا وَاحِـدَةٌ ، وثَالِثُهَـا : إِنْ كَانَ الْمُـخَالِفُ حَكَمَ بِاثْنَتَـيْنِ أَوْ ثَلاث فَوَاحِدَةٌ وَإِنْ حَكَمَ بِالْبَتَّةِ وشِبْهِهَا لَمْ يَلْزَمْ شَيْءٌ ....

يعـني : فإن اختلف الحكمان في عدد الطَّلاق فحكم أحدهما بواحدة والآخر باثنتين أو ثلاث أو البتة ، ففي ذلك ثلاثة أقوال :

المشهور : لزم الواحدة لأنهما قد اجتمعا عليها ، وبناء على أن البتة تتبعض .

والثاني : عدم اللزوم لأنهما لم يتفقا .

والقول الثالث : إن حكم المخالف باثنتين أو ثلاث فكالمشهور واحدة ، وإن حكم بالبتة لم يلزم شيء بناءً على أنها لا تتبعض .

تنبيه :

ذكر المتيطي أن الحاكم إذا وجه الحكمين وحكما بالطلاق أنهما يأتيان الحاكم ويخبرانه بما حكما به فينفذ حكمهما ، قال : وكذلك ينبغي لمن استحلفه على شيء أن يخبره .

بـعـض الموثـقـين : ورأيت لابن العطار وغـيره من الموثقين أنهـما يشهـدان بذلك عند القاضي، ولست أرى ذلك لأن طريقهما الحكم ليس الشهادة .

وحكى ابن عبد السلام عن بعـضهم: أنه يثبت عند القاضي بشهادتهما أنـهما رأيا اتفاقا وأنهـما حكمـا بكذا ، وعن غيـره : إنما يثـبت ذلك بشهـادة شاهدين عـدلين يحضـران إصلاحهما للقاضي بذلك .

---

(١) « المنتقى » (١٤٤/٥) .

كتاب الطلاق

الطَّلاق عَلَى ضَرْبَيْنِ: بِعِوَضٍ مِنَ الزَّوْجَةِ أَوْ غَيْرِهَا ويُسَمَّى خُلْعا، وحُكْمُهُ: الْبَيْنُونَةُ.

أصله في اللغـة: الانطلاق والذهاب ، ومنه انطلـق فلان في كـذا ، ثم استعـمل في إرسال العصـمة؛ لأن المرأة تذهب عن الزوج ، وحقيـقته في الشرع مـعلومة ، وهيَ حل العصـمة الكائنة بين الزوجين بصيـغة تقتـضي ذلك فإذا أعطته شـيئا سـمي خلعا ، ونص المصنف على أن الخلع طلاق تنبيها على قول ابن عباس وغيره أنه فسخ .

ولعل المصنف قـدَّم الكلام على الخلع وإن كـان أكثـر المصنفين يؤخـرونه ، لأن أحكام الخلع معنوية وأكثـرها معنوي ، والطَّلاق الذي ليس خلعاً أكثر ما يتكلم فـيه على الألفاظ ومدلولها والمعنى أشرف ، فكان تقديم الكلام عليه أولى .

ونقل اللَّخْمِيّ وغيره عن مالك جواز الخلع ابتداءً .

ابن يونس: قال مالك : ولم أزل أسمع إجازة الفدية بأكثر الصداق لقوله تعالى : ﴿**فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**﴾ [البقرة:٢٢٩]، ولإباحته عليه السلام أن يأخذ قيس بن شماس من زوجته حبيبة بنت سهل ما أعطته إذ كرهته ، وقد زادت على حديقته التي أخذتها منه .

وقال ابن القـصار : هو مكروه ، واقتصر عليـه صاحب « المقدمات »[١] وجـعله من طلاق البدعة ، ولعل الاختلاف في كون طلاق الخلع ليـس سنيا هو المقتضى لتقديم الكلام على القسم الآخر عند من قدّمه .

ولم يفصّل المصنف فيما افترق بالعوض وسمى الجميع خلعا.

وفي « المدونة »[٢] : والمبارئة هي التي تباري زوجها قبل البناء فتقول : خذ الذي لك واتركني ، والمخـتلعة الـتي تختلع من كل الذي لـها ، والمفـتدية الـتي تفـتدي ببعض مـا أعطاها، وكذلك المصالحة .

وروى المبارئة التي تأخذ شيـئاً ولا تعطي شيئاً ، والمختلعـة التي تعطيه ما أعطاها وتزيد من مالها ، والمفتدية التي تفتدي ببعض مـا أعطاها وكذلك المصالحة ، وقيل : المبارئة تترك

---

(١) « المقدمات » (١/٢٩٦) .

(٢) « المدونة » (٥/٣٤٦) .

ما لها عليه من الحق ، أو يترك كل واحد منهما ما له على صاحبه على الطَّلاق ، والمفتدية التي تترك جميع ما أعطاها ، ولعل المصنف لما لم ير بهذا جدوى ومعنى تركه .

وقوله : (**وحُكْمُهُ الْبَيْنُونَةُ**) لأن المرأة إنما أعطته على ذلك ، وهذا هو المعروف .

قال في « **البيان** »[1] : وكان ابن عتّاب يفتي بأن من بارى امرأته المباراة التي جرى بها عـرف الناس ثم طلقهـا بعد ذلك أن الطَّلاق يـرتدف عليهـا ما لم تنقض العـدة ، وذلك استحسان على غير قياس مراعاة لقول من رآها طلقةً رجعيةً .

المتيطي : والمشهور أن الزوج يملك العوض ملكاً تاماً لا يفتقر فيه إلى حيازة؛ لأنه أخذه في مقـابلة عوض فأشبـه البيع ، وفي « الموازية » ما يدل عـلى افتقاره إلى الحـيازة ؛ وهو قوله: إذا حال الزوج رجـلاً بدين على المرأة فيما خـالعها به فماتت قـبل أن يقبض المحال دينه فله الرجوع على الزوج ، فهذا دليل على بطلانه بالموت .

فَلَوْ وَقَعَ النَّصُّ عَلَى رَجْعِيَّةٍ بِبدَلٍ فَبَائِنٌ عَلَى الْمَشْهُورِ

يعني : إذا أعطته شيئاً على أن يطلقها طلقة رجعية فالمشهور – وهو مذهب « المدونة »– أنه يقع بائناً ؛ لأن حكم الطَّلاق على العوض البينونة فلا ينتقل عنه ، وروي عن مالك: أنه يقع رجعيا ، وبه أخذ سحنون عملاً بالشرط .

وَعَكْسُهُ لَفْظُ : الـخُلْعُ مِنْ غَيْرِ بَدَلٍ ، ثَالِثُـهَا : ثَلاثٌ ، وفِيـهَا : سُئِلَ مَـالِكٌ عَنِ الْمُطَلِّقِ طَلاقَ الْخُلْعِ أَوَاحِدَةٌ بَـائِنَةٌ أَوْ رَجْعِيَّـةٌ أَمِ الْبَتَّةَ ؟ فَـقَالَ : بَلِ الْبَتَّـةَ لأَنَّهُ بَائِنٌ ولا يَكُونُ بَائِناً إلا بِخُلْعٍ ، أَوِ الأَقْصَى ....

يعـني : وعكس الفرع الذي قبله عدم البدل مع وجود لفظ الخلع ، اتفق فيه على وقوع الطَّلاق ، واختلف فيما يلزمه على ثلاثة أقوال :

الأول : لمالك وابن القاسم :تلزمه طلقة بائنة ، وكأن الزوج أسقط العوض ، المتيطي : وبه القضاء .

والقول الثاني : أنها طلقة رجعية ، ونصه عند ابن يونس : وقال مطرف : قوله : أنت طالق طلاق الخلع كقوله : أنت طالق واحدة لا رجعـة لي عليك فيها، فهي واحدة ، وله الرجعة ؛ لأن الخلع لا يكون إلا بشيء أخذه منها .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٥/٢٧٨) .

ابن حبيب : وبه أقول ، **اللَّخْمِيّ** : وهو قول أَشْهَب وابن عبد الحكم .

والقول الثالث : تلزمه الثلاث ووجهه ما ذكره المصنف .

وكلام المصنف ليس بظاهر لإبهامه ، أن المذهب لزوم الثلاث ؛ لأنه هو الذي حكاه عن « المدونة » دليلاً وتقوية على عادته ، ولم يبين كما فعل فيها أن هذا قول غير ابن القاسم ، أي ابن الماجشون ، ومذهب ابن القاسم ومالك هو ما قدمناه .

عياض عن بعضهم : وهذا الخلاف إنما هو في المدخول بها ، وأما غيرها فلا خلاف أنها واحدة .

تنبيه :

وهذا ما لم يقل : أنت طالق طلقة بائنة ، وأما لو قال ذلك لزمه الثلاث نص عليه في « المدونة »[١] وقيل : تلزمه واحدة وقيل : بائنة ، وقيل : رجعية .

وَفِيهَا فِيمَنْ طَلَّقَ وأَعْطَى ، أَكْثَرُ الرُّوَاةِ : رَجْعِيَّةٌ

لأنه بمنزلة من طلق وأعطى لزوجته المتعة ، قال في « التهذيب »[٢] : وروى عن مالك أنها واحدة بائنة وفرق ابن المواز فقال : إن كان ذلك على وجه الخلع فهى طلقة بائنة ، وإن لم يجر بينهما ذلك فله الرجعة .

وتأول ابن الكاتب القول الذي وقع في « المدونة » بالبينونة عليه .

أبو بكر بن عبد الرحمن وعبد الحق[٣] : وهذا الاختلاف إنما هو في « موطأ ابن وهب»، و « الأسدية » ، و « الموازية » فيمن صالح وأعطى ، ليس فيمن طلق وأعطى .

قال في « النكت » [٤]: وهذا هو الصحيح، والنقل الذي في « المدونة » ليس بصحيح، ولا خلاف فيمن طلق وأعطى أن له الرجعة ؛ لأنه إنما وهبها هبة وطلقها وليس من الخلع في شيء .

ابن عبد السلام : ونقل عن غير واحد أنهم صححوا الأقوال الثلاثة ، أي : المتقدمة في

---

(١) « المدونة » (٥/٣٤٦) .

(٢) « تهذيب المدونة » (١/٤١٦) .

(٣) « النكت والفروق » (١/٢٥٣) .

(٤) « النكت والفروق » (١/٢٥٣) .

الخلع من غير عوض في ثلاث مسائل وهي : إذا طُلقت طلاق الخلع من غير عوض ، وإذا صالح وأعطى ، وإذا طلق وأعطى .

ولَوْ أَعْطَتْهُ مَـالاً في الْعِدَّةِ عَلَى أَنْ لا رَجْعَةَ فَـقَالَ مَالِكٌ : أَرَاهُ خُلْعاً بِطَلْقَـةٍ بَائِنَةٍ ، وقَالَ أَشْهَب: لَهُ الرَّجْعَةُ ويَرُدُّ مَالَهَا ، وقَالَ ابْنُ وَهْبٍ : تَبِينُ بِالأُولَى ....

تصور كلامه ظاهر ، فوجه قول مالك: أنّ عدم الرجعة ملزوم للطلاق البائن ، والأولى قد وقعت فصار كأنه أوقع أخرى ، ورأى أَشْهَب وابن وهب: أن ما فعله ليس صريحاً في الطَّلاق ولا من كنايتـه ، غيـر أن أَشْهَب رأى أن هذا شـرط مخالف للـرجعة التي ثـبتت بالطلاق الأول فيلغى ، فإذا ألغي لزم أن يرد المال إليها ، ورأى ابن وهب: أن الرجعة حق للزوج فكان له أن يسقطها على عوض كما لو أسقطت حقها في القسم لشيء تأخذه .

وَشَرْطُ الـمُوجِبِ أَنْ يَكُونَ زَوْجـا مُسْلمـا مُكَلَّفًا أَوْ وَلِيّـا لِصَغِيرٍ أَباً أَوْ غَـيْرَهُ بِـخِلافِ السَّفِيهِ الْبَالِغِ ولَوْ كَانَ أَباً وبِخِلافِ السَّيِّدِ فِي الْعَبْدِ عَلَى الْمَشْهُورِ فِيهِمَا ....

اعلم أن للخلع خمسة أركان : الموجب ، والقابل ، والمعوض ، والعوض ، والصيغة.

وتكلم المصنف على الأول ، ومراده بـ (**الْمُوجِب**) : الزوج ، واشتراطه الإسلام مع كون المرأة مسلمة لا يظهر له كبير معنى ، وأخرج بقوله : (**مُكَلَّفًا**) الصبي والمجنون ، وشمل كلامـه السفيه والرشيـد لكنه لما تكلم على السفيه بعـد هذا بمفرده علم أن مراده هنا بالمكلف: الرشيد .

وقوله : (**أَوْ وَلِيّـا**) عطف على قوله : (**زَوْجـاً**) وقوله : (**أَوْ غَيْـرَهُ**) أي : تجوز مخالعة ولي الصبي عنه كان أباً أو وصياً أو حاكماً إذا كان على وجه النظر ، ونقل بعضهم الاتفـاق على أن للأب والوصي والسلطان أن يخـالعوا عن الصـغـير ، وإنما اخـتلف هل يطلقون عليـه بغير عـوض ، والذي ذكره اللَّخْمِيّ عن مـالك وابن يونس عن ابن القاسم: أنهم لا يطلقون عليه بغير عوض .

قـوله : (**بِخِـلافِ السَّفِـيهِ**) فيه حذف مضاف تقـديره ولي السفيه ، يدل عليه قوله : (**ولَوْ كَانَ أَباً**) يعني : وليس لولي السفيه ـ ولو كان أباً ـ أن يخالع عنه على المشهور ؛ لأن الطَّلاق بيد السفـيه ، والذي شهّره المصنف في السفـيه هو مذهب « المدونة » ، لكن نص اللَّخْمِيّ على أنه من قول ابن الماجشون ، قال : وأجـاز ابن القاسم في « العتبية » للوصي أن يخالع عن السفيه .

ابن عبد السلام : واتفق على أنه ليس للأب والوصي أن يطلقا عليه بغير عوض .

وقوله : (**وبِخِلافِ السيِّدِ فِي الْعَبْدِ**) أي فليس له أن يخالع عنه على المشهور .

ابن عبد السلام : ومراده العبد البالغ ، ثم قال : وحكم العبد البالغ حكم السفيه البالغ، وقال ابن بشير : وهل يجوز الخلع عن العبد والأمة بغير اختيارهما ؟ قولان : المشهور :جوازه ، والشاذ :منعه ، وهما خلاف في النظر إلى الجبر على النكاح وهذا من توابعه كون العبد قد استقل ولا حكم للسيد فيه ؛ ولهذا رأى أبو الحسن اللَّخْمِيّ: أنه يخالع عن الأمة التي ليست العصمة بيدها دون العبد ، انتهى .

فانظره مع كلام ابن عبد السلام ، إلا أن يكون مراد ابن بشير العبد الصغير ، وقد نص في « المدونة »[1] على أن العبد الكبير ليس للسيد أن يخالع عنه ، ولم أقف على القول بأن للسيد أن يخالع عنه ، وإن ثبت فهو مشكل .

وفي « المدونة »[2] : إذا زوج السيد عبده الصغير لم يطلق عليه إلا بشيء يأخذه له ، روى ابن نافع عن مالك فيمن زوج وصيفه أو وصيفته ولم يبلغا أنه جائز ، فإن فرق السيد بينهما على النظر والاجتهاد جاز ذلك ما لم يبلغا ، وقال ابن نافع : لا يجوز ذلك إلا ما كان على وجه الخلع ، فظاهره: أنه يتفق على جواز المخالعة ويختلف في طلاقه عليه بغير عوض .

عياض : ومذهب ابن القاسم في «الكتاب» في تطليق السيد على عبده الصغير طلاق السنة عند غير واحد ، وروايته عن مالك مثل مذهب ابن نافع: أنه لا يجوز إلا ما كان على وجه الخلع ، فإن رواية ابن نافع تخالف ذلك إذا لم يشترط الخلع ، ويجوز إذا كان نظراً بغير خلع إذا حمل على ظاهره وهو قول أكثرهم ، وحمل بعضهم الكل على الوفاق.

وقال ابن لبابة : وقيل : لا يجوز ـ وإن كان على وجه الخلع ـ لأن للسيد انتزاعه ، فكأنه أخذه لنفسه .

تنبيه :

وفهم من هنا أن ما يفعله الأب في خلع الصغير لازم له ، وكذلك هو النص ، لكن

(١) « المدونة » (٣٤٩/٥) .
(٢) « المدونة » (٣٤٩/٥) .

عورض ذلك بالنكاح إذا عقـد على شروط ، فقد قال ابن القـاسم : إذا بلغ ونزع عنها أنه لا يلزمه ، قيل : وقول ابن وهب باللزوم فيها أقيس .

وَفِي خُلْعِ السَّفِيهِ قَوْلَانِ

نحوه في « الجواهر »[1] ، زاد : وإذا صححناه فلا يبرأ المختلع بتسليم المال إليه بل إلى وليه ، والظاهـر صحتـه لأنه إذا كان له أن يطلق من غـير عوض فـلأن يكون له ذلك مع العوض أولى ، واقتصر المتيطي وغيره على هذا القول .

وَخُلْعُ الْمَرِيضِ نَافِذٌ

عبر بالنفـوذ ولم يعبّر بالجواز لأن الإقدام عليـه لا ينبغي؛ لأنه طلاق في المرض ، قال في « المدونة »[2] : ومن خالع زوجته من مرضه جاز له ما أخذ منها ، فإن مات في مرضه ذلك ورثته ، وإن ماتت هي لم يرثها ، وكذلك إذا ملكهـا في مرضه أو خيرها ، وكذلك أي طلاق طلقها فإنها ترثه ولا يرثها .

محمد وأبو عمران : وترث مما اختلعت به ؛ لأنه من جملة تركته ، وروى مالك أنها لا ترث منه .

أبو عمران : والأول مذهب « المدونة » ، وروى زياد بن جعفر في المملكة في المرض لا ترث ، وهو مذهب المغـيرة في المخيـرة ، وخرّج بعضـهم منه قولاً آخر بعـدم الميراث في المختلعة ، وهو ظاهـر ؛ لأن سبب الطَّلاق في جانب المرأة في مسألة الخـلع أقوى منها في مسألة المملكة لبذلها المال .

القَابِلُ شَرْطُهُ أَهْلِيَّةُ الْتِزَامِ الْمَالِ فَيَلْزَمُ فِي الأَجْنَبِيِّ والْمَالُ عَلَيْهِ

يعني بـ (القَـابِلُ) من يدفع العوض ، وذلك جائز من كل ما فيه أهلية التزام المال من أجنبي أو غيره ، فقـد نص في «المدونة» على أن من قال لرجل : طلق زوجتك ولك عليَّ ألف ؛ أنه إذا طلقها يلزمه الألف .

واحترز بقوله : (أَهْلِيَّـةُ) من المحجور عليه ، وينبغي أن يقيد ما قاله أهل المذهب في الأجنبي بما إذا كان في ذلك حصـول مصلحة أو درء مفسدة مما لا يقـصد به إضرار المرأة ،

---

(١) « الجواهر » (٢/٤٩٦) .

(٢) « المدونة » (٥/٣٥١) .

وأما ما يفعله بعضهم من التزام الأجنبي ذلك وليس قصده إلا إسقاط نفقة العدة فلا ينبغي أن يختلف في منعه وفي انتفاع المطلق به بعد الوقوع نظر ، قاله ابن عبد السلام .

فَإِنْ وَكَّلَتْهُ فَكَوَكِيلِ الشِّرَاءِ

أي : فإن وكلت الزوجة من يخالع لها (**فَكَوَكِيلِ الشِّرَاءِ**) أي: فإن خالع بخلع المثل فأقل لزمها الخلع ودفع العوض ، وإن خالع بأكثر لم يلزمها ، ويفهم من قوله : (**كَوَكِيلِ الشِّرَاءِ**) أيضا أن العوض وعهدته عليه إلا أن يشترط أن ذلك عليها .

ابن راشد : وإذا وكلته على عدد فزاد عليه غرم الزائد .

وَلا يَلْزَمُ فِي الأَمَةِ والسَّفِيهَةِ والصَّغِيرَةِ ، ويَقَعُ الطَّلَاق ويُرَدُّ الْمَالُ ، ولا يَضْمَنُهُ السَّيِّدُ بِمُجَرَّدِ الإِذْنِ ، وقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الصَّغِيرَةِ يُبْنَى بِهَا : يَنْفُذُ إِنْ كَانَ يُصَالَحُ بِهِ مِثْلُهَا ....

أي : ولا يلزم دفع العوض إذا خالعته الأمة أو الصغيرة أو السفيهة ، لكن يقع الطّلاق بائناً ، قاله في « المدونة »[1] .

وينبغي أن يفهم قول المصنف : (**الأَمَةِ**) على كل من فيها شائبة رق ، غير أن أم الولد والمدبرة إذا خالعها في مرض السيد وقف المال ؛ فإن مات السيد صح الخلع لعدم منفعة السيد ، وإن صحّ بطل ورد المال .

ابن عبد السلام : وهذا هو المشهور في أن السيد يمنع من انتزاع مالها في مرضه .

قال في « المدونة »[2] : ويجوز ما خالعت به المكاتبة أو وهبت من مالها بإذن السيد .

سحنون : وذلك في الشيء اليسير التافه ، وأما ما له القدر فلا ؛ لأن ذلك داعية إلى عجزها .

قوله : (**ولا يَضْمَنُهُ السَّيِّدُ بِمُجَرَّدِ الإِذْنِ**) **ابن عبد السلام** : أي الإذن في التجارة ؛ لأن إذن السيد لأمته في التجارة لا يستلزم الإذن في الخلع لعدم منفعة إذن السيد به .

وقد نقل في « البيان »[3]: الاتفاق على أنه لا يجوز للمأذون لها أن تخالع بغير إذن

---

(١) « المدونة » (٥/٣٥٤) .

(٢) « المدونة » (٥/٣٥٤) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١٠/٥١٩) .

سيدها ، وفي « الإشراف »[١] : المأذون لها في التجارة يمضي خلعها إذا وقع ، فكأنه يرى أن ذلك ليس بمجرد عطية ؛ لأنه قد يكون طلاقها من ذلك الرجل أحسن لها ولسيدها .

خليل : وانظر هل يمكن أن يكون الإذن راجعاً إلى الخلع كما تقدم أن السيد لا يكون ضامناً للمهر بمجرد الإذن في التزويج ، وهو الذي يؤخذ من كلامه في « الجواهر »[٢] فإنه قال : القابل شرطه التزام المال والتزام الأمة فاسد وخلعها بإذن السيد صحيح ولا يكون السيد ضامناً للمال .

وقوله : (**وقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ**) يعني أن المشهور : لا ينفذ خلع الصغيرة ، وقال ابن القاسم في « العتبية »[٣] : ينفذ .

ابن اللباد : المعروف الأول ، وكذلك صاحب « البيان »[٤] والمتيطي: أن الأول هو المشهور، زاد المتيطي : وبه العمل .

وحكى في « الطراز » :أن العمل على قول ابن القاسم ، واختار اللَّخْمِيّ التفصيل في الصغيرة فيمضي الخلع إن كان الفراق لها أحسن وترد المال وينفذ الطَّلاق إن كان بقاؤها زوجة أحسن .

وكذلك اختلف في رد خلع السفيهة غير المولى عليها بناء على أن رد التصرفات للسفه أو للحجر .

ولسحنون قول ثالث بالتفصيل : يمضي خلع البالغة السفيهة دون البكر الصغيرة .

خليل : وينبغي على قول ابن القاسم بلزوم خلع الصغيرة أن يمضي خلع السفيهة ، ولو كانت مولى عليها .

وَصُلْحُ الأَبِ عَنِ الْمُجْبَرَةِ بِالصَّدَاقِ كُلِّهِ نَافِذٌ بِخِلافِ الْوَصِيِّ عَلَى الْمَشْهُورِ

أما صلح الأب عن ابنته البكر الصغيرة أو البالغة فجائز .

الباجي[٥] : بلا خلاف ، وألحق اللَّخْمِيّ بها البكر المدخول بها إذا لم تطل إقامتها

---

(١) « الإشراف » (٣/ ٣٩٤) .

(٢) «عقد الجواهر» (٢/ ٤٩٦) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٥١٩) .

(٤) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٥١٩) .

(٥) « المنتقى » (٥/ ١٨٢) .

وطلقت قبل المسيس ؛ لأن له الجبر على النكاح والصغيرة التي ثيبت قبل البلوغ على القول بجبرها ، ولعل المصنف عبّر بالمجبرة لهذا ، وفي بعض النسخ وصف المجبرة بالصغيرة .

وفيه نظر لأنها تقتضي لو كانت بالغة لم يمض خلعه عليها ، وليس كذلك .

وقوله : (**بِخِلَافِ الْوَصِيِّ عَلَى الْمَشْهُورِ**) أي : فليس له أن يخالع عن البكر على المشهور .

الباجي[1] : وهو مشهور قول ابن القاسم ورواية عن مالك: أنه لا يجبرها على النكاح إلا الأب وحده .

ومقابل المشهور رواه ابن نافع عن مالك: أن الوصي يخالع عن اليتيمة ، وهو لابن القاسم ، وألحق السلطان بالوصي في ذلك ، وأنكر سحنون رواية ابن نافع وأسقطها عند السماع .

عياض : وهي ثابتة في روايتنا وكتب الأندلسيين ، وقال ابن لبابة : رواية ابن نافع أحسن ، ولم أر أحدا تعجبه رواية ابن القاسم أنه لا يبارئ عنها إلا برضاها .

ابن عبد السلام : وعلى الشاذ فاختلف في إذنها إذا كانت بالغاً على قولين .

وَعَنِ السَّفِيهَةِ قَوْلَانِ

أي : وفي صلح الأب عن ابنته البالغة الثيب السفيهة قولان ، الأول لابن العطار وابن الهندي وغيرهما من الموثقين : لا يجوز له ذلك إلا بإذنها .

وقال ابن أبي زمنين وابن لبابة : جرت الفتيا من الشيوخ بجواز ذلك ، ورأوها بمنزلة البكر مادامت في ولايته على المشهور .

اللخمي : وهو الجاري على قول مالك في « المدونة » .

ابن راشد : والأول هو المعمول به .

ابن عبد السلام : وهو أصل المذهب .

واختلف في خلع الوصي عنها برضاها ، وفي ذلك روايتان لابن القاسم ، والقياس: المنع في الجميع .

---

(١) « المنتقى » (٥/١٨٢) .

وَصُلْحُ الْمَرِيضَةَ لا يَمْضِي إلا قَدْرَ ميرَاثِه فَفِي تَعْيِين يَوْمِ الْمَوْتِ أَوْ يَوْمِ الْخُلْعِ قَوْلانِ ، وفَائِدَتُهُ الرُّجُوعُ لَهُ وعَلَيْه ، ولا يَتَوارَثَانِ ، وقِيلَ : يَمْضِي مُطْلَقاً ، وقِيلَ : خُلْعُ الْمِثْلِ ...

هذه مسألة « المدونة »[1]ففيها :قال مالك : وإن اختلعت منه في مرضها وهو صحيح بجميع مالها لم يجز ولا يرثها .

ابن القــاسم : وأنا أرى أنها إذا اختلعت منه على أكثر فله قــدر ميراثه ، فإما على قدر ميراثه منها أو أقل فذلك جائز ولا يتوارثان .

وكذلك قال ابن نافع ،وحمل ابن المواز قول مالك لا يجوز ، على أنه خلاف لقول ابن القاسم ، وأنه أبطـله على الإطلاق ، ولم يجز منه شيـئاً كالمرأة تـهب جميع مـالها أنه لا يجوز منه إلا الثلث على المشهور ، والمسألة عند محمد على ذلك .

عياض : وأكثرهم يرون قول ابن القاسم مفسراً لقول مالك .

وكذا جاء في « العتبية »[2] من رواية ابن القاسم عنه كقول ابن القاسم في « المدونة » ، وإذا فرعنا عن قول ابن القاسم فهل يعتبر قدر ميراثه يوم الموت ؟

اللخمي : وهو قول ابن القاسم في الموازية .

ابن عبـد السلام : وهو ظاهر قول ابن القاسم في « المدونة » أو يوم الخلع ؟ اللَّخْمِيّ : وهو قول ابن القاسم في « العتبية »[3] ؛لأنه موجب للتهمة .

اللَّخْمِيّ وغيره : والأول أصوب ؛ إذ لو أعطى يوم الخلع ثم تلف المال لكان هو الوارث وحده ، وإن نقص كان أخذ أكثر من مـيراثه ، ولأجل أن هذا مفرع على قول ابن القاسم أتى المصنف بالفاء المؤذنة لذلك .

قــوله : (**وفَـائِدَتُهُ**) ، أي : فائدة هذا الخلاف تظهر في اختــلاف ما لها ما بين زماني الخلع والموت .

فرع : وهل يوقف قدر الميراث أو يعجل ؟ قال ابن نافع في « المدونة »[4] : يوقف ،

---

(١) « المدونة » (٥/ ٣٥١) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٥/ ٢٩٠) .

(٣) « البيان والتحصيل » (٥/ ٢٩٠) .

(٤) « المدونة » (٥/ ٤٥٤) .

واختلف قول أصبغ في ذلك وقول صاحب « النكت »[١] ذلك على الخلاف المتقدم ، أي: إن اعتبر يوم الخلع عجل وإن اعتبر يوم الموت وقف .

ورأى اللَّخْمِيّ أنه إذا كان الخلع على دنانير أو دراهم لا توقف وإن على عبد أو دار وقف ومنعت من بيعه والتصرف فيه ، فإن صحت أخذه وإن ماتت كان الورثة بالخيار بين أن يجيزوه أو يردوه ميراثاً، لأنهم شركاؤه ويكون على حقه في الميراث على الوفاء شائعاً ، وإن كانت قيمة ما خالع أقل من ميراثه لأن الزوج لم يترك الفضل إلا لغرضه في عين ما خالع عليه ، وإن كان ذلك العبد أو الدار أفضل مالها كان أبين في رد الورثة .

ابن عبد السلام : وتعطي قوة كلام المصنف أن المال المخالع به إذا كان مثل الثلث فأقل أن يدفع للزوج بدليل قوله: (**الرُّجُوعُ لَهُ وعَلَيْه**)، وقوله : (**وقيلَ : يَمْضِي مُطْلَقاً**) أي : يمضي خلعها مطلقاً سواء كان قدر الميراث أو أكثر ، وذكر في « الجواهر »[٢] : أن هذا القول رواه ابن وهب عن مالك ، والقول بأن له خلع المثل رواه ابن الحكم .

اللَّخْمِيّ : وقال عبد الوهاب : له ما خالعها عليه إذا حمله ثلثها يريد أن الطَّلاق كان بطوعه فسقط أن يكون وارثاً وصح أن يأخذ من الثلث على أحكام أفعال المريض فيما لم يأخذ له عوضاً مع غير الوارث ، ورأى مالك أنها معاوضة لأنها اشترت نفسها .

وعلى هذا فيتحصل في المسألة خمسة أقوال :

البطلان مطلقاً ، وهو مذهب « الموازية » ، وأخذ التأويلين على قول مالك .

والثاني : أن لها الأقل ، **والثالث** : الإمضاء مطلقاً ، **والرابع** : خلع المثل ، **والخامس** : أنه يكون من الثلث .

وَلَوْ خَالَعَتْهُ لِظُلْمِه أَوْ لِضَرَرِه فَلَهَا اسْتِرْجَاعُهُ ، ويَنْفُذُ الطَّلاق

يعني : إذا خالعته ،ثم ادعت أنها خالعته لظلمه لها في بدنها أو لضرره بها كما لو كان يمنعها من زيارة والدها على أن الظلم والضرر كالمترادفين ، ولعله تبع في عطفه الضرر على الظلم « المدونة »[٣] ، فإن فيها : كذلك فإن أثبتت ذلك فلها استرجاع مالها ، وينفذ

(١) « النكت والفروق » (١/ ٢٥٤) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٥٠٠) .

(٣) « المدونة » (٥/ ٤٥٥) .

الطَّلاق بائناً ؛ لأن الله تعـالى شـرط في حلّية مـا تدفـعه أن يكون عـن طيب نفس فقـال تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ [النساء: ٤] .

ابن القاسم : وليس من الإضرار بها البغض لها ، وإنما الإضرار الإيذاء بضرب أو إيصال شتم في غير حق أو أخذ مال من غير مشاورة .

مالك : وليس عندنا في قلة الضرر وكثرته شيء معروف .

وروى ابن القـاسم عن مالك في من علم من امـرأته الزنا: فليس له أن يضارهـا حتى تفتدي ، وقال ابن القاسم في الناشـزة تقول : لا أصلي ولا أصوم ولا أغتسل من جنابة ؛ لا يجبر على فراقها إن شاء فارقها وأحل له ما افتدت به .

قال في « البيان »[١] : وله أن يؤدبها على ترك الصلاة ويمسكها .

قـال في « المقدمـات »[٢]: ولا يحل له أن يضيق عليهـا وإن أتت بفاحشة من زنا أو نشوز أو بذاء ، قال : ولا خلاف بين مالك وجـميع أصحابه في ذلك ، ورأيت في بعض كتب أصحابنا المغاربة عن ابن القاسم أنه يجوز له المضارة في تركها حتى تخالعه .

وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ السَّمَاعِ

أي : على الضرر ، والمعمـول به عند الشيوخ وهو قول ابن القاسم: أن الشـاهد يشهد فيه بالقطع ، وغـمز ذلك ابن القاسم وقال : من أين للشهود القطع بمعـرفة ذلك ؟ ولهذا قال أصبغ: إن الشاهد يقول : أحاط بذلك علمي وصح عندي .

ابن القاسم : وصفة الشهادة أن يقولوا : سمعنا سماعا فاشيا مستفيضا على ألسنة النساء والخدم والجيران ، قال : ويكفي في ذلك عندي عدلان ، والعدول الكثير أحب إليَّ .

ابن راشــد : وهذا هو المشهور والمعمـول به ، وعندي أيضاً :أن السماع إنما يكون من العدول إلا في الرضاع فيجـوز أن يكون على يقين القرابة والأهلين والجيران وإن لم يكونوا عدولاً كالنساء والخدم .

وعن مــالك : تجوز شهـادة السماع في ضرر الرجل بامرأتـه إذا سمع بذلك الرجال والنساء سماعاً فاشياً وإن لم يسمع بذلك الرجال والنساء فليس بفاش .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٥/٢٥٦) .

(٢) « المقدمات » (١/٢٥٦) .

وَإِنْ شَهِدَ وَاحِدٌ أَوِ امْرَأَتَانِ بِالضَّرَرِ حَلَفَتْ واسْتَرْجَعَتْ لأَنَّهُ عَلَى مَالٍ

يعني : وإن شهد واحد على أنه يضر بها أو شهد لها امرأتان بذلك حلفت على ذلك واسترجعت المال .

وقوله : (**لأَنَّهُ عَلَى مَـال**) جواب عن سؤال مقدر ، كأن قائلاً قال : شهادة الرجل أو المرأتين مع اليمين إنما تفيد في المال ، وإضرار الرجل بامرأته ليس بمال .

فأجاب عن ذلك: بأنه وإن لم يكن مالاً ولكن آيل إلى المال ، وهذا أصل مختلف فيه في المذهب ، وإن شهد لها بالضرر ولم يقيد أنها خالعته طائعة أعذر للرجل في الشهادة ، فإن سلمها وادعى مدفعاً فعجز عن إثباته حكم عليه وإن اعترفت في عقد الخلع بالطوع وكانت استرعت فلها الرجوع بالاتفاق ، وكذلك إن لم تسترع وقامت لها بينة لم تكن علمت بها ، وأما إذا كانت تعلم بها ففيه نظر .

والذي قاله ابن الهندي وابن العطار وغيرهما :أن لها الرجوع ولا يضرها ذلك ، ولا يضرها أيضاً إسقاط البينات المسترعيات وغيرها ، وهو أصوب لأن ضرره بها يحملها على أن تعترف بالطوع ، ومن ابتلى بالأحكام يكاد يقطع بذلك .

ابن بطال : وإذا كان لفظ الطوع لا يفيد، فلا معنى لذكره في العقد .

فرع :

وإن خالعها وأخذ منها حميلاً بالدرك فقال ابن العطار : إذا أثبتت الضرر لا تسقط التبعات عن الحميل ، لأنه غير مكره ، وقد أدخل الزوج في زوال العصمة ولا يرجع الحميل عليها بشيء ، وإليه ذهب بعض فقهائنا الصقليين ، وذكر ابن يونس في ذلك خلافاً بين القرويين ، وإن منهم من يقول هكذا ، ومنهم من يقول[1] : إذا أثبتت المرأة الضرر يسقط الطلب عن الحميل ؛ لأنه إذا سقط المال عن الأصل تسقط عن الحميل المطالبة .

وَيَجُوزُ أَنْ تُعْطِيَهُ عَلَى إِمْسَاكِهَا أَوْ يُعْطِيهَا عَلَى الأَثَرَةِ ، ولا إِثْمَ عَلَيْهِ بَعْدَ رِضَاهَا بِشَيْءٍ أَوْ بِغَيْرِ شَيْءٍ ....

أي : إذا أراد أن يطلقها فأعطته شيئاً على أن يترك طلاقها فإن ذلك جائز ، وكذلك يجوز أن يعطيها على الأثرة ، أي : يعطيها ليؤثر ضرتها عليها في المبيت، وكلامه ظاهر التصور .

(١) «الجامع» (٤/٤١٩ ـ ٤٢٠) .

فرع :

وإذا أعطته مالاً على أن يمسكها ثـم فارقها عاجلاً فقالوا : لهـا الرجوع ، وأما إن كان بعد طول بحيث يرى أنها بلغت الغرض في مـقامها لم ترجع ، وإن طال ولم تبلغ ما يرى أنها دفـعت المال لأجله كان له من المال بقـدر ذلك على التقريـب فيمـا يرى ، وهكذا قال مالك فيمن أسقطت صداقها عن زوجهـا على أن لا يتزوج عليها فطلقها بحضرة ذلك: أن لها أن ترجع ، وإن طلقها بعد ذلك فيما يرى أنه لم يطلقها لمكان ذلك لم ترجع .

أصـــبغ : إلا أن يكون الطَّلاق بحدثان الإسقـاط ليمين نزلت ولم يعتمـد ولم يستأنف اليمين فلا شيء عليه .

ورأى اللَّخْمِيّ : أن لها الرجـوع ولو كان الطَّلاق ليمين نزلت ولم يتعمـد ولم يستأنف اليمين ، وقد تقدم لهذه المسألة نظائر عند الكلام على شروط النكاح .

الْمُعَـوَّضُ شَرْطُهُ : مِلْكِيَّةُ الزَّوْجِ ، فَـلا يَصِحُّ خُلْعُ الْبَائِنَةِ والْمُرْتَدَّةِ وشِـبْهِهِمَـا بِخِلافِ الرَّجْعِيَّةِ ...

هذا هو الركن الثالث ، فإذا كانت الزوجة في عصمته أو طلقها طلاقاً رجعيا جاز له أن يخالعها لأن البضع في حكمه ، وأما البائن والمرتدة ومن كان نكاحها مفسوخاً فلا ملك له عليـه فلا يصح له أخذ الـعوض عنه ، ولهذا الـشرط وقع في « الموازية » و « كـتاب ابن سحنون » في امرأة فقـدت فبذل أبوها لزوجها مالاً على أن يطلقهـا ففعل ثم قال الأب : لعلها ماتت قبل هذا فرد عليّ ما أخذت ، فإنه يوقف المال ويؤخر أمرها إلى وقت لا تجيء إلى مثله فذلك للزوج ، فـإن تبين أنها ماتت قبل الفـراق أخذه الأب وورثها الزوج ، وإن مات الزوج قبل كشف ذلك لم يوقف لها من مـيراثه لها شيء ، لأنه مات بعد أن طلق إن كانت حية أو مات بعد موتها .

وقـــال ابن المواز : لا أرى أن ينزع ذلك من يد الزوج حـتى يتبين باطل مـا قبض بأن تقوم بينة بموتها قبل الطَّلاق ، ألا ترى أنها لو كانت رابعة مـا منعته نكاح غيرها لأن فراقه بائن .

فإن قيل : لم قلتم إذا خالعها ثم تبين أنه كان أبانها يرد المال بخلاف ما إذا كاتب عبده وتأدي منه ثم تبين أنه كان أعتقه وهو منكر فيهما ؟

قيل : لأن للسيد أن ينزع مال عبده ويستسعاه ، ولا يزيل ملكه عنه إلا بالحكم عليه ، والزوجة ليس له سبـيل إلى مالها وهو أجنبي ، فلا يصل إليـه إلا بحق ، فإذا ثبت طلاقه

قبل ذلك فقد أخذه بغير حق ، والله أعلم .

العِوَضُ شَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مُتَمَوَّلاً

أي : الذي تدفعه الزوجة عوضاً عن عصمتها ، والمراد بالمتمول ما يصح تملكه ، ليحترز من الخمر ونحوه ، وليس المراد أن غير المال لا يصح ، فإنه لو خلعها على أن تعتق عبدها جاز ، قاله مالك ، قال : وإن جعل خلعها خروجها إلى أمها فذلك لازم .

وَيُغْتَفَرُ الْغَرَرُ وَالْجَهَالَةُ كَعَبْدٍ آبِقٍ ، أَوْ غَيْرِ مَوْصُوفٍ ، أَوْ مُعَيَّنٍ غَائِبٍ ، أَوْ نَفَقَةِ حَمْلٍ إِنْ كَانَ أَوْ جَنِينٍ عَلَى الْمَشْهُورِ بِخِلَافِ الصَّدَاقِ ....

قوله : (**عَلَى الْمَشْهُورِ**) راجع إلى جميع ما تقدم لا إلى الجنين وحده ، ومقابل المشهور: عدم الجواز كالنكاح ، والفرق للمشهور: أن الأصل أنه لا يستباح البضع إلا بعوض بخلاف الطَّلاق فإن الأصل فيه عدم العوضية .

وانظر عطف المصنف نفقة الجنين على نفقة الحمل ، وإنما قلنا : مقابل المشهور عدم الجواز : وإن كان اللَّخْمِيّ حكى ثالثاً بالكراهية لأن المنع هو الذي يقابل الاغتفار حقيقة .

وحكي في « البيان »[1] رابعاً بالجواز في الغرر الذي يقدر على إزالته وبالمنع في الذي لا يقدر على إزالته ، وعلى التحريم فلو وقع فقال مالك مرة : لا شيء ، وقال مرة : يرجع إلى خلع المثل إن بطل الجميع ، وإن بطل البعض رجع بما ينوب ذلك البعض ، وحكى بعضهم ثالثاً : أنه يرجع بقيمة ما خالع عليه ولو جاز بيعه .

قوله : (**بِخِلَافِ الصَّدَاقِ**) تقدم ، ونظير هذه المسألة في جواز الغرر فيها الهبة والرهن على المشهور إلاَ في الجنين ، فإنه يمتنع رهنه على المشهور .

واختلف هل يجوز الغرر في صلح العمد ؟ والمنع هو قول ابن القاسم .

وَلَا يَجُوزُ بِحَرَامٍ كَخَمْرٍ وَشِبْهِهِ اتِّفَاقاً وَيَنْفُذُ

لما قدم أنه يجوز بالغرر خشي أنه يتوهم جوازه بالخمر ونحوه فبين أن ذلك لا يجوز بالاتفاق ، ولعل مراده بشبه الحرام المغصوب ، وهو الذي يؤخذ من كلامه في «الجواهر»[2].

---

(١) « البيان والتحصيل » (٥/٢٥٧) .

(٢) « الجواهر » (٢/٥٠١) .

فـإن قلت : كلامه هذا يلزم منه تحصيـل الحاصل ، لأنه قدم أن شرط العوض أن يكون متمولاً .

قـــيل : الكلام الأول يحتمـل أن يكون في جواز الإقدام أو في النفوذ ، فكان مـجملاً بخلاف هذا فإنه صريح في عدم الجواز ابتداءً .

فرع :

وتكسر الخمـر وتقتل الخنازير كان ذلك في يده أو في يدها ، فإن تخـللت في يده فقال ابن القاسم : عادت حلالاً كانت الزوجة مسلمة أو كتابية .

وقـوله : (**ويَنْفُـذُ**) أي: الطَّلاق بائناً ، وحكى بعضـهم عن مطرف أنه يقول في هذا الأصل : إنه إذا لم يصح ما عاوض عليه تكون الطلقة رجعية .

والنَّصُّ : ولَيْسَ لَهُ فِيهِ شَيْءٌ

هكذا وقع في بعض النسخ ، ونحـوه في « الجواهر »[١] لقوله : أما لو خالعت بخمر أو خنزير أو بمغصوب فلا يختلف المذهب في منعه ابتداء ونفوذه إذا وقع .

والمنصـوص: أنه لا شيء للزوج فيـه ، واستـقرأ اللَّـخْمِيّ إيجـاب خلع المثل من خلع المريضة، وأفادت الواو من قوله : (**ولَيْسَ**) أن المنصوص أيضاً نفوذ الطَّلاق ، و (**فِيهِ**) من كلام المصنف تحتمل الظرفية والسببية .

وكَذَلِكَ عَلَى أَنْ تَخْرُجَ مِنَ الْمَسْكَنِ أَوْ عَلَى أَنْ تُسْلِفَهُ أَوْ تُعَجِّلَ لَهُ دَيْناً مُطْلَقاً

يعني : ومثل المخالعة بالخمر ؛ لأن سكنى المعتدة في موضعها من حق الله ـ تعالى ـ فلا يجوز إسقاطه على عوض ولا غير عوض ، فالمعـاوضة عليه كالمعاوضة على الخمر ، وأما إن أراد كراء المسكن فذلك جائز .

قوله : (**أَوْ عَلَى أَنْ تُسْلِفَـهُ**) لأنه سلف جر منفعة ، وهو ملكها لعصمتها ، قال في «المدونة »[٢] : ويمضي الطَّلاق ويرد السلف .

قوله : (**أَوْ تُعَجِّلَ لَهُ دَيْنـاً مُطْلَقاً**) أي : من بيع أو سلف كان مما يجبر على قبوله أم

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٥٠١) .

(٢) « المدونة » (٥/ ٣٤٥) .

لا ، وعلة المنع فيها أيضاً السلف بزيادة ؛ لأن من عجل ما أخر عد مسلفا على المشهور ، فتصير المرأة مسلفة ، وازدادت العصمة .

أَوْ يُعَجِّلَ لَهَا مَا لا يَجِبُ قَبُولُهُ

لأن فيه حطّ الضمان وإن بدت العصمة .

أَمَّا لَوْ عَجَّلَ مَا يَجِبُ قَبُولُهُ فَقَدْ طَلَّقَ وأَعْطَى

ظاهر التصور ، ومن الشيوخ من تأول منع هذا ؛ لأنه في « المدونة »[1] : إذا كان لأحد الزوجين قِبَل الآخر دين فتخالعا على تعجيله قَبْل محله يقع الطَّلاق ويرد الدين إلى أجله ، ولم يفرق بين أن يكون الدين مما يجب قبوله أم لا .

فمن الأشياخ من حمل ذلك على إطلاقه ، ومنهم من فصّل كما ذكر المصنف ، وعلل ابن الكاتب المنع في تعجيل الزوج الدين فإنه سلف جر منفعة ، إذا كانت مدخولاً بها ، لأنه انتفع بذلك في إسقاط نفقة العدة .

وكَذَلِكَ عَلَى أَنْ تُؤَخِّرَ دَيْناً

لأن من أخر ما عجل عد مسلفاً اتفاقاً ، فصارت مسلفة وازدادت ، وهذا على أن تؤخر بالتاء المثناة من فوق .

ويصح أن يُقرأ و « يؤخر » بالياء المثناة من تحت ويكون التشبيه في قوله : (**كَذَلِكَ**) عائد على قوله : (**أَمَّا لَوْ عَجَّلَ مَا يَجِبُ قَبُولُهُ فَقَدْ طَلَّقَ وأَعْطَى**) لأنه إذا طلق وأخر يكون قد طلق وأسلف ، والسلف كالإعطاء .

وخَرَّجَ اللَّخْمِيّ خلعَ الْمِثْلِ مِنْ خلعِ الْمَرِيضَةِ

أي : في الصور الممنوعة بجامع المنع فيها ، وهو مقابل قوله : (**والنَّصُّ : ولَيْسَ لَهُ فِيهِ شَيْءٌ**) كما تقدم ، ولا حاجة إلى هذا التخريج؛ لأنه أحد القولين عن مالك كما تقدم .

ولَوْ خَالَعَهَا بِحَلالٍ وحَرَامٍ سَقَطَ الْحَرَامُ

كما لو خالعته بسلعة وزق خمر فإن له السلعة ولا شيء له في زق الخمر .

ابن المواز : ومن تزوج بعشرة نقداً وعشرين إلى أجل فصالحته قبل البناء على إن عجل

---

(١) « المدونة » (٣٤٦/٥) .

العشرة النقد وأسقطت العشرين لم يجز ذلك ، وجاز الطَّلاق ، وترد إليه خمسة تأخذها منه إذا حل الأجل ، فالوضعية حلال والتعجيل حرام ، فترد إليه الخمسة لتأخذها منه عند الأجل .

وَلَوْ خَالَعَهَا بِمَالٍ إِلَى أَجَلٍ مَجْهُولٍ كَانَ حَالاً

نحوه في « المدونة »[1] ، وزاد فيها : كمن باع إلى أجل مجهول فالقيمة فيه حالّة ، وظاهر كلام المصنف أنه يجب للرجل جميع ما خلعت به حالاً وهو أحد التأويلين على «المدونة » .

ووجهه: أن المال في نفسه حلال وكونه إلى أجل مجهول حراما فيبطل الحرام ، والتأويل الثاني أنها تدفع القيمة ، ووجهه أن في الأول ظلماً للمرأة لأنها لم تلزمه حالاً وبأن الأول خلاف ما يقتضيه التشبيه .

ابن محرز : وقوله هنا بالحلول مخالف للأصل ، وهو جواز الخلع بالغرر .

قال : فينبغي أن يكون لها خلع أو قيمة ما خالع به .

وَلَوْ خَالَعَهَا عَلَى عَبْدٍ وَيَزِيدُهَا أَلْفَ دِرْهَم جَازَ بِخِلافِ النِّكَاحِ ، وَإِنْ كَانَ مُسَاوِياً لِلأَلْفِ أَوْ أَقَلَّ فَكَمَا لَوْ خَالَعَ مَجَّانا أَوْ خَالَعَ وَأَعْطَى ...

يعني : يجوز اجتماع الخلع والبيع ، بخلاف اجتماع النكاح والبيع كما تقدم ، فإن كان العبد يساوي أكثر من الألف فلا شك أنه خلع ، وإن كان مساوياً للألف فكما لو خالع مجاناً - أي : بغير شيء - فتأتي فيه الأقوال الثلاثة المتقدمة ، وإن كان مساوياً للألف أو أقل من ألف فكما لو خالع وأعطى فأكثر الروايات أنها طلقة رجعية ، وما ذكره المصنف نحوه في « المدونة » .

ابن بشير : واعترض ذلك اللَّخمِيّ ، ورأى أن الواجب كونه خلعاً صحيحاً مطلقاً ؛ لأنه قد يعطي في العبد فوق قيمته لغرض له فيه ، وما قاله بيّن ، وقد علمت أن في كلام المصنف لفاً ونشراً فإن قوله : (**كَمَا لَوْ خَالَعَ مَجَّاناً**) راجع إلى قوله : (**مُسَاوِياً لِلأَلْفِ**) وإن قوله : (**خَالَعَ وأَعْطَى**) راجع إلى قوله : (**بأقل**) .

---

(١) « المدونة » (٥/٣٣٧) .

فَإِنْ كَانَ آبِقاً رُدَّت الزِّيَادَةُ وكَانَ لَهُ نِصْفُهُ ، وقَالَ مُحَمَّدٌ : وكَانَ لَهُ مِنْهُ مَا زَادَ عَلَى الأَلْفِ بِتَقْوِيمِه بَعْدَ وِجْدَانِه ، وإِلا فَلا شَيْءَ لَهُ ...

أي : فإن كانت المسألة بحالها إلا أن العبد أبق لا تجوز المعاوضة عليه في البيع ردت المرأة الزيادة وهي الألف ، وكان للزوج نصف العبد ، هذا مذهب ابن القاسم في «المدونة»، وقال محمد : إنما له ما زاد على الألف بتقويمه بعد وجدانه ، فإن كانت قيمته ألفين كان له النصف ، وإن كانت ألفاً وخمسمائة كان له الثلث ، وإن كان ألفاً ومائتين كان له السدس .

قوله : (**وإِلا فَلا شَيْءَ لَهُ**) أي : وإن لم يزده على الألف فلا شيء للزوج في العبد ، وهذا الخلاف مبني على الخلاف في الشيء المعلوم إذا وقع في مقابلة معلوم ومجهول هل يكون بينهما على السواء ؟ فيكون نصف العبد في مقابلة الخلع ونصفه في مقابلة البيع ، فإذا أنقص ما قابل البيع لزم أن يكون له نصفه ، وهو قول ابن القاسم هنا ، وفي الشقص المصالح به عن موضحتي العمد والخطأ ، وإنما يكون المعلوم في مقابلة معلوم ، فإن فضل شيء كان في مقابلة المجهول ، وعلى هذا يأتي قول محمد ، وهو مذهب ابن نافع فيمن صالح بشقصٍ عن موضحتي العمد والخطأ .

ونقل ابن راشد عن بعضهم أنه جعل قول محمد تفسيراً ، ولم أر إلا من حمله على الخلاف .

وفهم من قول المصنف : (**بِتَقْوِيمِه بَعْدَ وِجْدَانِه**) أن القيمة إنما تعتبر عند محمد يوم وجدان الآبق .

محمد : وكذلك الجنين يوم خروجه والثمرة يوم تجذ .

قال في « الجواهر »[1] : وهو المشهور ، وقال أصبغ : القيمة في الآبق يوم الخلع وكذلك الثمرة القيمة يوم الصلح إن كانت مؤبرة ، وإن لم تؤبر فيوم تؤبر ، ووافق الجنين أن قيمته يوم ولد .

اللخمي : والقيمة في جميع ذلك يوم الصلح أحسن ، لأن فيه وقع البيع .

---

(١) « الجواهر » (٥٠٢/٢) .

وَلَوْ خَالَعَهَا عَلَى مَا فِي يَدِهَا فَوَجَدَهَا فَارِغَةً أَوْ كَالْفَارِغَةِ فَفِي لُزُومِ الطَّلَاقِ قَوْلَانِ ، فَلَوْ وَجَدَ فِيهَا مُتَمَوَّلاً لَزِمَهُ ....

أي : إذا كانت يدها مقبوضة فخالعها على ما في يدها ، فإن وجد فيها ما له قدرٌ كالدينار وشبهه لزم ، وإن وجدها فارغة أو كالفارغة مثل أن يجد حجرا أو وجد فيها درهماً فحكى اللَّخْمِيّ وغيره ثلاثة أقوال :

اللزوم لابن الماجشون وسحنون ؛ لأنه طلق بشيء يأخذه أو لا يأخذه .

محمد : وهو أحب إلي لأنها لم تخدعه .

ونفي اللزوم حكاه ابن حبيب عن مالك ، قال : وهذا مما لا يجوز على أحد .

والثالث : لأشهب بالفرق ، فإن وجدها فارغةً أو وجد فيها حجراً لم يلزم وإن وجد فيها درهماً لزمه .

وظاهر كلام المصنف :أنه إذا وجد في يدها الدرهم يتفق على اللزوم ؛لأن الدرهم مما يتمول ، وحكى ابن حبيب عن مطرّف أنه إن كان في يدها ما ينتفع به كان خلعاً وإن كان مما لا ينتفع به فليس بخلع وتكون طلقة له فيها الرجعة .

وَلَوْ خَالَعَهَا عَلَى عَبْدٍ فَاسْتُحِقَّ لَزِمَهُ وَيَرْجِعُ بِقِيمَتِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا فِيهِ شُبْهَةٌ فَفِي لُزُومِ الطَّلَاقِ فَيَرْجِعُ بِقِيمَتِهِ قَوْلَانِ ....

يعني : إذا خالعها على عبد فاستحق فإن كان لها فيه شبهة لزم الخلع ورجع بقيمته ، وسواء استحق إلى رق أو إلى حرية .

وحكى في « الجواهر »[1] قولاً بعدم الرجوع إذا استحق إلى حرية ويرجع على المشهور بالقيمة ولم يرجع لخلع لأنه لم يدخل عليه ، وحكى ابن عبد السلام عن ابن عبد الحكم أنه يرجع بخلع المثل .

أبو الحسن : وهنا سبع مسائل يرجع فيها العبد بعده ، ومن نكح بعبد بعينه فاستحق أو صالح من دم عمد على عبد ، أو باع السيد عبده من نفسه بعبد ، أو باع السيد قطاعة مكاتب له بعبد أو كان عوضاً عن عمد أو صالح على الإنكار وإن لم تكن لها فيه شبهة ،

(١) « الجواهر » (٢/ ٥٠٢) .

كما لو قالت : أخالعك على هذا العبد أو الدار ، فإذا بالعبد أو الدار كغيرهما ، ولا شبهة لها في ذلك ، فقال عبد الملك : لا يلزمه الطَّلاق ؛ لأنه طلق على أن يتم له ذلك .

ولم يحك الباجي وابن يونس وصاحب « الجواهر » وغيرهم هذا القول ، والقول باللزوم بعيد وهو للخمي ، قال : ويلزمه الطَّلاق وتغرم القيمة إن كانت موسرة ، وإن كانت فقيرة فحينئذ تعود زوجته .

وقول المصنف : (فَيَرْجِعُ) عطفه بالفاء ليؤذن أن ذلك مرتب على القول بلزوم الطَّلاق.

وَلَوْ خَالَعَتْهُ عَلَى دَرَاهِمَ أَرَتْهُ إِيَّاهَا فَوَجَدَهَا زُيُوفاً فَلَهُ الْبَدَلُ كَالْبَيْعِ

كذا في « المدونة »[1] ، وقيدها بعضهم بأن تصالحه على دراهم طيبة ، ولو اشترطت عليه أنك تأخذها دون تقليب لما لزمها بدل .

وَلَوْ خَالَعَهَا عَلَى أَن لا سُكْنَى لَهَا فَإِنْ أَرَادَ كِرَاءَ الْمَسْكَنِ وهُوَ لِغَيْرِهِ لَزِمَ ، وإِنْ كَانَ لَهُ وسَمَّى الْكِرَاءَ لَزِمَ ، وإِنْ كَانَ عَلَى أَنْ تَخْرُجَ لَمْ يَلْزَمْهَا ....

فاعل (لَزِمَ) في الموضعين من كلام المصنف عائد على الكراء ، أي لزمها الكراء ووقع الخلع .

وقوله : (وإِنْ كَانَ عَلَى أَنْ تَخْرُجَ لَمْ يَلْزَمْهَا) أي: الخروج ، وأما الطَّلاق البائن فقد وقع .

اللخمي : وقال ابن القاسم في « المدونة »[2] في التي خالعت على أن لا سكنى لها : إن كانت في مسكن الزوج لم تخرج ، ولا شيء للزوج عليها ، قال : لأن مالكا قال : إذا وقع الخلع بحرام مضى الخلع ورد الحرام .

اللَّخْمِيّ : وأرى أن لا يرجع عليها بالأقل من كراء المسكن أو ما كانت تكري به ؛ لأن أخذ العوض عن السكنى يجوز ، وهو بمنزلة من خالع على شيء فاستحق من يده ، إلا أن يكون انتقالها إلى أبيها أو إلى مسكنها ، وهو الآن لا كراء له ؛لأنها لم تنتفع بشيء .

وفهم ابن عبد السلام أن فاعل (لَزِمَ) عائد على الخلع ، واعترض كلام المصنف وقال:

---

(١) « المدونة » (٥/ ٣٣٧) .

(٢) « المدونة » (٥/ ٣٤٤) .

إنما قال في « المدونة »[١] : جاز ، وهو أحسن ؛ لأن تسمية الكراء شرط في جواز الخلع ابتداء لا في لزومه ، لأنه لازمٌ ؛ سمى الكراء أو لم يسمه .

وعلى ما قـررناه يندفع هذا على أن قوله : تسـمية الكراء ، شـرط في جواز الخلع إنما اعتمد فيـه على مفهوم « المدونة » ، وقد يقال : هذا المفهوم غـير مراد ؛ لأن غايته إذا لم يسم الكراء يكون غررا، والخلع بـالغرر جائز إلا أن يفهم قـوله فيهـا سمى الكراء على أن المراد ذكر الكراء لا ذكر قدره ، ويكون احترز بذلك مما لو أراد إسقاط الكراء ، والله أعلم.

وَلَوْ خَالَعَهَا عَلَى أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ عِنْدَهُ لَزِمَ ، إلا أَنْ يَكُونَ فِي مَوْضِعٍ يُخَافُ عَلَيْهِ ....

وقعت هذه المسـألة هنا في أكثر النسخ ، ولا حاجـة إليها ، وستـأتي من كلام المصنف بأتم من هذا ، فلنترك الكلام على هذه لذلك .

وَلَوْ خَالَعَهَا عَلَى أَنْ تُرْضِعَ وَلَدَهُ وَتُنْفِقَ عَلَيْهِ حَوْلَيْنِ وَتَحْضُنُهُ صَحَّ

قوله : (حَوْلَيْنِ) أي حولي الرضاع ، وليس المراد حولين مطلقاً .

وقوله : (صَـحَّ) أي الخلع ، ولا إشكال في ذلك ، ونقل في « التنبيهات » عن ابن وهب أنه قـال في « المبسـوط » : إنما يجوز من ذلـك صلحهـا في الحولين على الرضـاع وحده، وأما على نفقته فلا يجوز في الحولين ولا بعدهما .

فَإِنْ أَضَـافَ إِلَيْهِ نَفَقَـةَ مُدَّةً أُخْرَى عَلَيْـهِ أَوْ عَلَى نَفْسِـهِ سَقَطَتْ ، وَقَالَ الْمَـخْزُومِيُّ : لا تَسْقُطُ ، وصُوِّبَ ....

أي : فإن زيد على نفـقة الولد ورضاعـه نفقة مـدة أخرى ، إما علـى الطفل وإما على الزوج ، فـمذهب « المدونة » :سـقوط الزائد ، وقـال اللَّخْـمِيّ والمغيـرة وابن الماجشـون وأَشْهَب وابن نافع وسحنون : لا تسقط ، وهو صواب عند جمـاعة الشيوخ حتى قال ابن لبابة : والجل على خلاف ابن القاسم وروايته .

المتـيطي : قال غير واحد من الموثقين :والعـمل على هذا القول ، ووجهه ظاهر؛ لأن غايتـه أنه غرر ، والغرر جائز هنا ، ولذلك أقـام بعضهم من « المدونة » خلافـاً في جواز المخالـعة على الغـرر ، وقال : هذه تدل على المنع ، وفـرقوا بين هذه وغـيرها من الـغرر بفروق ضعيفة لم أرتض شيئا منها ، وفي المسألة قولان آخران :

---

(١) « المدونة » (٥/ ٣٤٤) .

الأول : رواه ابن زياد عن مالك : أنه يجوز في العامين وما قاربهما لا فيما كثر .

الثاني : قال أصبغ : أكرهه ابتداءً ، فإن وقع أمضيته .

اللخمي وغيره : وهذا الخلاف إنما هو إذا وقع الخلع على ذلك ولم يشترط ثبات ذلك إن مات الولد ولا سقوط وأما إذا اشترط الأب نفقة الولد مدة معلومة عاش الولد أو مات فيجوز عند ابن القاسم وغيره ، وإن مات الولد أخذ الأب ذلك منها مشاهرة حتى يتم الأجل وكذلك الأب .

وعَلَى الْمَشْهُورِ لَوْ مَاتَتِ الأُمُّ قَبْلَهُمَا فَفِي مَالِهَا ، ولَوْ مَاتَ الطِّفْلُ فَقَوْلانِ

(**قَبْلَهُمَا**) أي : قبل الحولين ، وقوله : (**عَلَى الْمَشْهُورِ**) أي مذهب « المدونة » : إذا خالعها على رضاع ولدها ونفقته مدة حولي الرضاع ، لو ماتت الأم قبل تمام الحولين وقف من مالها بقدر مؤنة الولد إلى انقضائهما لأنه دين ترتب في ذمتها فوجب أن يكون في تركتها كسائر الديون ، فإن مات الطفل فالمشهور وهو مذهب « المدونة »: عدم الرجوع .

مالك في « المدونة »[1] : ولم أر أحداً طلبه ، وكأنه سلم أن القياس الرجوع إلا أن العرف عدم الرجوع فترك القياس لذلك .

محمد - موجهاً لهذا القول - : بمنزلة من صالح على أن عليها نفقة الحمل ورضاعه فأسقطته سقطاً فلا تتبع .

والقول الثاني : رواه أبو الفرج عن مالك ، ولا شك أيضاً على قول المخزومي: أنها إذا ماتت أنه يكون ما بقى في مالها ، ولا أعلم إذا مات الطفل ما يقوله المخزومي ؟ ولعل المصنف لهذا خصص التفريع على المشهور .

فروع :

الأول : قال ابن المواز : لو ولدت في المسألة المتقدمة ولدين لزمها إرضاعهما ، ولا تعذر إن قالت : لا أقدر على رضاعهما .

الثاني : إذا انقطع لبنها لزمها أن تشتري له لبناً ، نقله ابن راشد .

الثالث : قال محمد : لو شرط عليها أن تكفل ولده بعد فطامه ثلاث سنين ولا تتزوج،

---

(١) « المدونة » (٥/٣٤١) .

لم يلزمهـا ذلك قربت المدة أو بعـدت ، كما لا يلزم الزوج اشـتراط ذلك عليـه ، وأما لو اشترط ألا تنكح حتى تفطم ولدها ، فنقل ابن راشد عن مالك : ليس لها النكاح .

وقال ابن القاسم في « العتبية »[١] : إذا كان يضر بالصبي منعت .

وقـال الأبهـري : لها أن تتزوج وشرطه باطل ، ولعله مـحمول على إذا لم يضر ذلك بالطفل فيتفق مع قول ابن القاسم .

وحكى ابن عبد السلام: أن لها أن تتزوج وإن ضر ذلك بالصبي، ولم يعزه ، وهو بعيد قالوا : ومذهب « المدونة » : ليس لها أن تتزوج وإن لم يشـترط عليها عدم التزويج إذا شرط إرضاعها الصبي كما قال في المرأة إذا أجَّرت نفسها ظئراً .

ابن عبد الغفور : فإن تزوجت قبل أمر الحضانة فسخ قبل البناء .

الـرابـع : اختلف إذا خالع امرأته علـى أنها إذا ولدت فعليها نفقتـه في الحولين ، فقال مالك في «المبـسوط »: ليس لها أن تطلبه بنفـقة الحمل ، وقال ابن القاسـم وابن الماجشون والمغيرة : لها نفقة الحمل ، واختاره اللَّخْـمِيّ لأنهما حقان أسقطت أحدهما وبقى الآخر ، زاد الباجي في قـول مالك : وليس لهـا أن تطلبه بالصـداق ، وكذلك نقل عن المغـيرة ، ووجه قولهما لما لم تشترط بقاء الصداق كان الظاهر إسقاطه لأنه لم يرض منها بترك ما كان في ذمته حتى زادت نفقة الحمل.

فَإِنْ عَجَزَتْ فَعَلَيْهِ وَيَتْبَعُهَا

يعني : فإن عجزت المرأة عما التزمته من النفقة على الطفل في الحولين ، فعلى الأب أن ينفق عليه لأن نفقته بالأصل على أبيه ، فله أن ينقلها عنه بشرط أن لا يضر ذلك بالطفل ، فإن عجزت رجعت إلى الأب وإلا لحصل الضرر للطفل .

وإذا أنفق فهل يتبع الأم بما أنفقته إذا أيسرت ؟ وهو قول مالك في « العتبية »[٢] .

قـال ابن يونس[٣] : وهو قول ابن القاسم وأشهب وعبد الملك ؛ لأنه أدى عنها حقا قد لزمها أو لا يتبع وهو قول ابن القاسم أيضاً وأصبغ .

واقتصر المصنف على الأول ، ووجه الثـاني :أن الأم إنما التزمت نفقة الولد على الوجه الذي كان يجب على الأب فتسقط بالعسر .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٥/ ٢٨٤) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٥/ ٢٨٥) .

(٣) «الجامع» (٤/ ٤٣٠ ـ ٤٣١) .

وَلَوْ خَالَعَهَا عَلَى أَنْ تَسْقُطَ حَضَانَتُهَا فَالْمَشْهُورُ : تَسْقُطُ إلا أَنْ يُخَافَ عَلَيْه ، وتَنْتَقِلُ إِلَيْهِ أَوْ إِلَى غَيْرِهِ كَمَا لَوْ أَسْقَطَتْهُ ، وقِيلَ : لا تَسْقُطُ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ حَقٌّ لَهَا أَوْ لِلْوَلَد ....

هذا هو الذي ذكرناه أنه أتم مما قبله ومعناه : أن الأم مقدمة في حضانة ولدها ، فإذا خالعها على أن تسقط حضانتها فإن كان في ذلك ضرر إما لعلوق الولد بأمه أو لأن مكان الأب غير حصين لم تسقط حضانتها بالاتفاق ويقع الطَّلاق بائناً ، وهكذا قال في «المدونة»[1]، وأقام الشيوخ منها :أن من طلق امرأته وله منها ولد رضيع فتزوجت وطلب الأب الولد أنه إن خيف على الولد إن نزع من أمه لم يكن له ذلك حتى ينتفي الضرر كما هنا ، وإن لم يكن في ذلك ضرر فالمشهور سقوط حضانتها .

ابن يونس[2] : وقال عبد الملك : لا تسقط ، وقاله في «كتاب المدنيين» ، ومنشأ الخلاف ما ذكره المصنف : هل الحق للحاضنة فيكون لها إسقاطه ، أم للولد فلا يكون لها الإسقاط؟ واختار اللَّخْمِيّ قول عبد الملك إن كان الصبي رضيعاً ونحوه .

خليل : لأنه حينئذ لا يقوم به أحد كأمه ، والمشهور وهو مذهب « المدونة » الحجة لأحد القولين في باب الحضانة إذا ترك من له الحق في الحضانة حقه إلى من هو في ثالث درجة أنه لا يكون للثاني القيام .

أبو عمران : والقياس خلافه ، وعارض فضل قوله في « المدونة »: أن الحضانة حق للحاضن برواية ابن القاسم : يمنع أن يبيع الرجل الأمة برضاها على أن يفرق بينها وبين ولدها الذي لم يثغر ، فمنعه من البيع مخالف للمشهور ، وموافق لقول عبد الملك ففرق بينهما بأن الولد انتقل في مسألتنا إلى من له الحضانة وهو الأب ، بخلافه في مسألة البيع فإنه ينتقل إلى من لا حضانة له .

ونَفَقَةُ الآبِقِ والشَّارِدِ عَلَى الزَّوْجِ مَا لَمْ يَشْتَرِطْهُ ، وفِي نَفَقَةِ ثَمَرَةٍ لَمْ يَبْدُ صَلاحُهَا قَوْلانِ

مراده بالنفقة: الجعل على طلب الآبق والشارد ، وإلا فالنفقة عليهما مع الجهل بموضعهما أو مع عدم القدرة على تحصيلهما بحال .

وقوله : (مَا لَمْ يَشْتَرِطْهُ) أي :على المرأة فيكون عليها ، وهذا متفق عليه ، والقولان في نفقة الثمرة التي لم يبد صلاحها لشيوخ عبد الحق .

أحدهما : أن ذلك أيضاً على الزوج ؛ لأن الملك قد انتقل ولا جائحة في الثمرة هنا فلا موجب لكونها على المرأة .

---

(١) «المدونة» (٥/٣٥٦) .

(٢) «الجامع» (٤/٤٤٣) .

وثانيهـما : أن ذلك على المرأة كالبيع ؛ لأن الشرع لما اغـتفر الغرر هنا صار الخلع على من يبدو صلاحه ، يتنزل منزلة البيع فيـما بدا صلاحه ، قال هذا القائل : وليس للمرأة أن تجبر الزوج على جذّ الثمرة ، لأنه إنما دخل على بقائها .

ابن عبد السلام : وأشار بعض من سلك هذه الطريقة إلى إلزام حكم الجائحة .

وسكت المصنف عن نفـقة الأم إذا خولع على جنينـها ، قال غـير واحد : والنفـقة في ذلك على المرأة إلى خروج الجنين .

ابن عبد السلام : وهكذا ينبغي أن يكون السقى على المرأة إذا كانت الثمرة لم تؤبر أو لم تخلق .

ابـن المـواز : وإذا خالعهـا على جنين في بطن أمه فهو له إذا خرج ويجـبر على الجمع بينهما فيباع مع أمه .

وَلَوْ تَبَيَّنَ فَسَادُ النِّكَاحِ إِجْمَاعاً رَدَّ مَا أَخَذَهُ ، وفِي الْمُخْتَلَفِ فِيهِ قَوْلانِ

لأن ما أجمع عـلى فساده يفسخ بالاتفـاق فلا ملك للزوج في البضع لأنه يفسـخ بغير طلاق ، والخلع طلاق فلا يمكن الجمع بينهما ، وأما المختلف فـيه فالقولان فيه مبنيان على الخلاف في أن الفسخ فيه هل بطلاق فيلزم الخلع ؟ أو بغير فلا يلزم .

والقولان في « المدونة » ؛ لأن في إرخاء الـستور: إذا خالعها ثـم تبين أنه تزوجها وهو محرم أنه يرد المال ، وفي النكاح الثاني: إذا تزوجها بغـرر أو بغير ولى وخالعها قبل البناء قولان :

أولهما : كما في إرخاء الستور .

والثاني : أنه لا يرد المال .

ابن القاسم : ولو رأيت الخلع فيه غير جائز ما أجزت الطّلاق .

يريد : ولكن الطّلاق فيه لازم .

فَإِنْ تَبَيَّنَ بِهِ عَيْبُ خِيَارٍ رَدَّ مَا أَخَذَهُ عَلَى الْمَشْهُورِ ومَضَى الْخُلْعُ

يعني : أنَّ الخلع متفق على إمضائه ، بمعنى أنه يقع الطّلاق البائن ، وإنما اختلف في رد ما أخذه ، والمشهور رده ، وهو مذهب « المدونة » ، وهو في كتاب إرخاء الستور ، وقول المصنف : (عَيْبُ خِيَارٍ) يشمل العيوب الأربعة .

وقوله : (بِهِ) احترازاً مما لو تبين بها فإنه لا يرد ما أخذه ، صرح بذلك في « المدونة»، وعلل ذلك فيها بأن له أن يقيم على النكاح .

ابن المواز : وليس له الرجوع بالصداق على من غره لعيب ذهب، وعارض سحنون هذه المسألة بما قاله في النكاح الثاني في الذي تزوج بغرر أو بغير ولى قبل البناء: إن له ما أخذ .

وقال : هذه ترد إلى ما في كتاب الخلع، ووجه المعارضة :أنه إذا كانت تأخذ منه ما دفعت إليه في العيب الذي لها الرضا به والمقام على ذلك النكاح فلأن يكون لها أخذه بما دفعت إليه حيث يكونان مجبورين على الفسخ - أولى .

وقد يعارض بين المسألتين على العكس فيقال : إذا كان للزوج ما دفعت إليه في النكاح الفاسد المجبور على فسخه ، فلأن يكون له ذلك في النكاح الصحيح أولى .

وأجيب: بأن ما في إرخاء الستور إنما هو لعبد الملك، وأنه لا فرق على مذهب ابن القاسم بين أن يظهر العيب بالزوج أو بالزوجة لا يرد المال في الوجهين ، وحينئذ تسقط المعارضة لعدم اتحاد القائل، لكن قال عياض : وكلام سحنون برد مسألة النكاح إليها يدل على خلاف ذلك حينئذ تتحقق المعارضة .

وقد يجاب عنها :بأنه لما اتفق العلماء على الرد بعيوب النكاح صار كالمجمع على فسخه، فلذلك قال ابن القاسم برد المال بخلاف إنكاح المرأة نفسها فإن أبا حنيفة يخالف في ذلك بخلاف النكاح بالغرر فإن الخلاف عندنا فيه شهير .

والقول بأنه لا يرد إذا كان به عيب خيار لابن المواز قال : وإن تزوجها بغرر أو بغير ولى ثم خالعها قبل البناء فإنه يرد ما أخذ منها كقول سحنون، وجعله ابن يونس ثالثا قال: وهو أبينها ، والله أعلم .

وَلَوْ قَالَ : خَالِعْهَا بِمِائَةٍ فَنَقَصَ لَمْ يَقَعْ طَلاقٌ ، وَلَوْ قَالَتْهُ فَزَادَ وَقَعَ وَالزِّيَادَةُ عَلَى الْوَكِيلِ

يعني : إذا وكل رجل من يخالع له زوجته بمائة مثلا فإن خالعها بها أو زيد فلا شك في وقوع الطَّلاق البائن ، فإن نقص لم يقع الطَّلاق ، لأنه معزول عن ذلك ، وهو ظاهر في النقص الكثير ، وأما اليسير فينبغي أن يختلف فيه كالبيع .

قوله : (**وَلَوْ قَالَتْهُ**) أى: ولو قالت المرأة ما قاله الرجل فقالت : خالع لى زوجي بمائة، فإن خالعه بها أو أقل لزمها ذلك ، وإن زاد وقع الطَّلاق البائن ، وكانت الزيادة على الوكيل وينبغي أيضاً أن يقيد الزيادة بالزيادة الكثيرة ، وأما اليسيرة فيلزمها كالوكيل على شراء سلعة .

وَلَوْ قَالَ : خَالِعْهَا فَنَقَصَ عَنِ الْمِثْلِ حَلَفَ أَنَّهُ أَرَادَ خُلْعَ الْمِثْلِ

أي : لو وكل الزوج رجلاً على أن يخالع له زوجته فإن خالعها بخلع المثل فأكثر لزمه ، وإن نقص عن المثل .

فـفي « الجـواهر »[1] : القول قـوله: إنه أراد خلع المثل ولم يذكر يميناً ، ولم يذكرها أيضاً مالك في « المجموعة ».

ابن عبد السلام : ولا تكاد تجد النص على اليمين ، قال : وظاهر الرواية سقوط اليمين كما في البيع وهو الأقرب ، وقد يقال بثبوتها هنـا ، لأن السلعة في البيع لها قيمة كالمعرفة ولا قيمة هنا .

خليل : والظاهر أن اليمين هنا يجري الخلاف في توجيهها على الخلاف في أيمان التهم، وقد نص مالك في « العتبية »[2] على اليمين في من قال لامرأته : إن دعوتني إلى الصلح فلم أجبك فأنت طالق،فدعته إلى دينار فقال : لم أرِدْ هذا ، وإنما أردت نصف ما تملكينه.

فقال : لا يلزمه الخلع ، ويحلف ويخلَّي بينه وبينها .

ابن القـاسم : وإن لم تكن له نية فلم يجبها حنث ، لكن قال في « البيان »[3] : قوله (يحلف) يدل على أنه لم يكن مستـفتياً في يمينه وإنما كان مخاصـماً ويحلف لأنه ادعى نية تخالف ظاهر اللفظ ، ولو كان مستفتياً لقبل ذلك منه بغير يمين .

ونقل ابن بشير مسألة «العتبـية » هذه وذكر أنه لم يجب عليه في الرواية يميناً قال : وقد تجري على أيمان التهم .

وعند ابن شعـبان : له أن يطالبها بجميع ما تملكه ، وأنكره اللَّخْمِيّ ورأى أن ذلك ليس من مقاصـد الناس ، وإنما يقصدون بعض المال لا كلّه ، وانظر قول ابن بشيـر مع ما تقدم ولم يوجب في الرواية يميناً إلا أن يكون حمل ما في الرواية على المرافعـة كما ذكر صاحب « البيان » .

---

(١) « الجواهر » (٢/٥٠٢) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٥/٢٠٩) .

(٣) « البيان والتحصيل » (٥/ ٢١٠)

وَإِذَا تَنَازَعَا فِي أَصْلِ الْعِوَضِ حَلَفَتْ وَبَانَتْ بِقَوْلِهِ ، وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ : يَتَحَالَفَانِ وَتَعُودُ زَوْجَةً ....

إذا اختلفا على الطَّلاق وقال الزوج : كان على عوض ولم تدفعيه لي ، وقالت الزوجة : إنما كان على غير عوض ، فقال مالك وابن القاسم : القول قولها مع يمينها ولا شيء عليها.

ابن راشد : وهو المشهور ، وقال عبد الملك : القول قوله وتعود زوجته بعد أن يحلف الزوج أنه خالع على ما ذكر ، وتحلف هي أنه كان طلاقاً بغير عوض .

اللخمي : والأول أحسن ، ولا يرتفع الطَّلاق بعد وقوعه . ومنشأ الخلاف: هل تتبعض الدعوى ويؤاخذ الزوج بما أقرّ به أم لا ؟ ولأصبغ ثالث : إن أقر بالخلع وسبق إقراره بقوله: إنما أردت أن لا يتم حتى تعطيني ، فالقول قوله ، وإلا فالقول قولها .

وَفِي جِنْسِهِ وَقَدْرِهِ حَلَفَتْ وَبَانَتْ

(**وَفِي جِنْسِهِ**) أي فإن اتفقا على الخلع واختلفا في جنس ما وقع الخلع به كما لو قال : بعبد ، وقالت : بل بدينار أو قدره كما لو قال : بدينارين ، وقالت : بل بدينار ، حلفت وبانت؛ لأنه مقر بالطلاق ومدع عليها، فإن نكلت حلف وأخذ ما ادعاه .

وَلَوْ تَنَازَعَا فِي وَقْتِ مَوْتِ غَائِبٍ خُولِعَ عَلَيْهِ ، أَوْ عَيْبِهِ فَهِيَ مُدَّعِيَةٌ ، فَإِنْ ثَبَتَ أَنَّهُ بَعْدَهُ فَلا عُهْدَةَ بِخِلافِ الْبَيْعِ ....

هكذا قال ابن القاسم ونص ما نقله ابن يونس عنه : قال سحنون عن ابن القاسم : وإذا صالحته على عبد غائب فمات أو وجد به عيباً ، فقالت : كان ذلك به بعد الصلح ، وقال هو : قبل الصلح ، فالمرأة مدعية وعليها البينة ، وإن ثبت أنه مات بعد الصلح فلا عهدة فيه بخلاف البيع .

وإلى هذا أشار بقوله : (**فَإِنْ ثَبَتَ أَنَّهُ بَعْدَهُ**) أى :الموت أو العيب بعد الخلع فلا عهدة على الزوجة .

وقوله : (**بِخِلافِ الْبَيْعِ**) ظاهره: أن المخالفة راجعة إلى قوله : (**ثَبَتَ أَنَّهُ بَعْدَهُ**) ووجه المخالفة على هذا : أنها بائعة للعبد بالعصمة فكان ينبغي أن يكون الضمان منها ، لأن المشهور أن ضمان المبيع على الصفة من البائع ، إلا أن يشترطه على المشترى ، ويحتمل أن

تعود المخـالفة إلى قوله ، فـتكون مدعيـة ، ويكون وجهها عـلى هذا أن يجعل الزوج هو البائع للعصمة فكان ينبغي أن يكون الضمان منه ؛ لأن المشهور في المبيع الغائب ، وإطلاق البائع عليه أولى ، لأن لهـا أن تخالع عوضاً عن العـبد بدراهم وحينئذ لا يقال عـرفاً أنها باعت الدراهم ، وهذا يعين أن يكون قـول المصنف : (**فَهِيَ مُدَّعِيَةٌ**) ، ثابتـاً في متن كلامـهكما في« الجواهر » وكلام ابـن القاسم المتقدم، وسـقط ذلك في بعض النسخ وليس بجيد . فإن قيل : ما الفرق على هذا بين البيع والخلع؟

فالجواب : إنما لم نقل: إن الضمان منه لكونه لا يدفع العبد ، بخلاف البائع في البيع.

هذا مـا ظهـر لي ، ولـم أجـزم بمراد المصنف ، والمراد هنا بالـعـهـدة عـهـدة الدرك والاستحقاق لا عهدة الثلاث وعهدة السنة ، والله أعلم .

وَلَوْ ثَبتَ مَوْتُ الآبِقِ قَبْلَهُ فَلا عُهْدَةَ ؛ لأَنَّهُ عَلَيْهِ دخَلَ ، إلا أَنْ تَكُونَ عَلِمَتْ فَعَلَيْهَا قِيمَتُهُ

يعـني : أن ما قدم هو في الغالب غير الآبق ، وأمـا الآبق يتبين بعد الخلع أنه مات قبل الخلع فلا شيء عليهـا وهو معنى قوله : (**فَلا عُـهْدَةَ**) أي على المرأة لأن الموت بعض مـا دخل عليه الزوج وهو معنى قوله : (**عَلَيْهِ دَخَلَ**) إلا أن تكون حين المخالعة علمت بموته فتكون غارّة ، وتعد كالملتزمة بقيمته ، وهكذا نقل عبد الحق عن غير واحد من شيوخه .

الصِّيغَةُ : وهُوَ كَالْبَيْعِ فِي الإِيجَابِ والقَبُولِ

هذا هو الركن الخامس وهو كالبيع، أي: في أنه لابد من الإيجـاب والقبول ولا يشترط فيه أن يكون بصيغة خاصة بل تكفي المعاطاة ، قال في « المدونة »[1] : وإن أخذ شيئاً منها وانقلبت ، وقالت ذلك بذلك ولم يسميا طلاقاً فهو خلع .

إلا أَنْ يَقَعَ مُـعَلَّقا منهـمَا فَـلا يُحْتَـاجُ إِلَى القَبُـولِ نَاجزاً ولَيْسَ لَهُ الرُّجُـوعُ مِثْلَ : مَـتَى أَعْطَيْتِنِى أَلْفاً فَأَنْت طَالِقٌ ، أو مَتَى طَلَّقْتَنِى فَلَكَ أَلْفٌ ....

قوله : (**منْهمَا**) أى منه أو منها ولابد أن يكون التعليق وقع منهما جميعاً .

وقوله : (**مَتَى أَعْطَيْتِنِى**) ، تعليق من جهة الزوج و (**مَتَى طَلَّقْتَنِى**) تعليق من جهتها، وذكر المثالين مما يبين لك أن مراده بقوله : (**مُعَلَّقاً منهمَا**) ما ذكرناه .

---

(١) « المدونة » (٥/٣٤٢) .

وقوله : (**فَلا يُحْتَاجُ إِلَى الْقَبُولِ نَاجِزاً**) يقتضي أنه إذا لم يكن معلقاً يحتاج إلى القبول ناجزاً وهو كذلك كما في عقود المعاوضة .

وفي « المدونة »[١] : إن قال لها أنت طالق على عبدك هذا فإن قبلت قبل التفرق لزمها وإلا فلا قبول لها .

عبد الحق[٢] : وسألت بعض القرويين : هل هذا على أحد قولي مالك في التمليك ؟ فقال : لا يدخل الاختلاف هنا ؛ لأن هذا ضرب من المبايعة فيقتضي الجواب في الحال ، فإذا افترقا ولم يجب فلا كلام لها .

وقال في « الجواهر »[٣] :إذا علق بالإقباض والأداء والإعطاء لم يختص بالمجلس ، إلا أن يدل دليل على اختصاصه به وإن كان يقتضي الجواب ففي بقائه لها وإن تفرقا خلاف.

اللخمي : وإن قال : أنت طالق على عبدك أو إن أعنتني أو إذا أعطيتني أو متى أعطيتني عشرة دنانير فأنت طالق ، كل ذلك لازم إذا أعطته ، ويفترق الجواب في الوقت الذي إذا أعطته لزمه أخذه ، والطلاق ؛ فإن قال : أنت طالق على عبدك ،فلم ترض في المجلس لم يلزمه شيء ؛ لأنه يقتضي المجاوبة في الحضرة ، وإن قال : إذا أو متى ؛ كان ذلك بيدها وإن افترقا ما لم يطل ويرى أنها تاركة أو يمضي ما يرى أن الزوج لن يجعل التمليك إلى ذلك الوقت .

واختلف إذا قال : إن أعطيتني ، هل يحمل ذلك على المجلس وإن افترقا ؟ ورأى أن ذلك بيدها إذا قالت : نعم ،وانصرفت على ذلك وإن سكتت ضعف قولها ،انتهى .

ابن راشد : اختلف إذا تراخى القبول عن الإيجاب في البيع ، أشار ابن العربى[٤] في ذلك ثم قال : والمختار جواز تأخير ما تأخر ، ومقتضى هذا أن يجوز ذلك في الخلع أيضاً؛ لأنه قال في الأصل : هو كالبيع في الإيجاب والقبول فتأمله .

ابن عبد السلام : ومراده المصنف بالقبول دفع المال لا التزام دفعه من المرأة والرضا بذلك

---

(١) « المدونة » (٥/ ٣٤٢) .

(٢) « النكت والفروق » (١/ ٢٥٧) .

(٣) « الجواهر » (٢/ ٥٠٠) .

(٤) » عارضة الأحوذى » (٥/ ١٢٦) .

من الرجل ، فإن ذلك لابد منه عند سماع كلام من طلب ذلك منهما ، إلا أن المؤلف تجوز في العبارة فعبر بالقبول الذي هو سبب عن دفع المال الذي هو مسبب .

وَمِثْلَ : إِنْ أَعْطَيْتِنِي أَلْفاً خَالَعْتُكِ ، إِنْ فُهِمَ الالْتِزَامُ لَزِمَ ، وَإِنْ فُهِمَ الْوَعْدُ وَدَخَلَتْ فِي شَيْءٍ بِسَبَبِهِ - فَقَوْلَانِ ....

(لَزِمَ) أي الطَّلاق البائن بدفع المال إن فهم الالتزام .

ابن راشد : بلا خلاف وإن فهم الوعد ودخلت في شيء بسببه كما لو باعت قماشها أو كسرت حليها فقولان : روى أبو زيد عن ابن القاسم أنه يلزمه .

ابن عبد السلام : وهو المعروف ، وقيل: لا يلزمه ويحلف ما أردت طلاقاً ، ومفهوم كلامه: أنها إن لم تدخل في شيء بسبب الوعد فلا يلزمه الطَّلاق وهو جار على المشهور في عدم الوفاء بالوعد ، وعلى الشاذ بلزوم الوفاء يلزم الطَّلاق هنا ، قال في « البيان »[1]: وعليه فيحلف .

وَلَوْ قَالَ : إِنْ أَعْطَيْتِنِي مَا أُخَالِعُكِ بِهِ لَمْ يَلْزَمْ بِالتَّافِهِ ، وَيَلْزَمْ بِالْمِثْلِ عَلَى الأَصَحِّ

يعني: إذا قال : إن أعطيتني ما أخالعك به فقد خالعتك أو فأنت طالق لم يلزم بالتافه.

قال في « المدونة »[2]: ويخلِّي بينه وبينها ، ولم يوجب عليه يميناً وفي قوله : **(بِالتَّافِهِ)** نظر.

والذي قاله ابن بشير : فأعطته نصف دينار ، وقال اللخمي : فأعطته دينارا وأما لو أعطته ما يخالع به مثلها فقال المصنف : الأصح اللزوم ؛ لأنه إذا تقيد الكلام بالعرف وخرج عنه القليل فكذلك يتقيد بالعرف إذا طلب هو الزائد عن خلع المثل ، ومقابل الأصح لابن شعبان : أن القول قوله إلى قدر ما تملكه المرأة وليس بالبيّن ولا يؤخذ مقابل الأصح من كلام المصنف .

وَلَوْ قَالَ : إِنْ أَعْطَيْتِنِي عَبْداً لَزِمَ بِمُسَمَّى عَبْدٍ

قال في « الجواهر »[3] : وإن قال: إن أعطيتني عبداً ؛ بغير تقييد بصفة ، طُلِّقَت بكلٍّ

(١) « البيان والتحصيل » (٥/٢١١) .
(٢) « المدونة » (٥/٣٤٨) .
(٣) « الجواهر » (٢/٥٠١) .

ما يطلق عليه اسم عبد من السليم ، فقيده بأن يكون سليماً ولابد من ذلك وظاهر كلامه في «الجواهر» وكلام المصنف :أنه لا فرق في اللزوم بين أن يكون العبد قليل القيمة أو لا ، وفي « المدونة »[١] : ولو خالعته على ثوب مروي ولم تصفه جاز وله ثوب وسط من ذلك ، فانظر هل يؤخذ من هذا أنه يشترط في العبد أن يكون وسطاً ؟ .

وَلَوْ قَالَ : إِنْ أَعْطَيْتِني عَبْداً ، لَزِمَ بِمُسَمَّى عَبْدٍ

لأنه لمّا عينه بالإشارة ودفعته إليه لم يقدح في ذلك خطاه على نفسه لتفريطه في ذلك .

وَلَوْ قَالَ : إِنْ أَعْطَيْتِني هَذَا الثَّوْبَ الْمَرْوِيَّ ، فَإِذَا هُوَ هَرَوِيٌّ لَزِمَ ، ولَوْ قَالَ : إِنْ خَالَعْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثاً ، ثُمَّ خَالَعَهَا فَالْمَنْصُوصُ : يَرُدُّ مَا أَخَذَ ، وأَجْرَاهُ اللَّخْمِيّ عَلَى الشَّاذِّ في : إِنْ بِعْتُكَ فَأَنْتَ حُرٌّ ، وتَبِينُ ثَلاثاً فَإِنْ لَمْ يُقَيِّدْ فَطَلْقَتَانِ وأَجْرَاهُ اللَّخْمِيّ عَلَى الْخِلافِ فِيمَنْ أَتْبَعَ الْخُلْعَ طَلاقاً ...

يعني : إن علق طلاقها على خلعها ثم خالع فإن كانت يمينه بالثلاث ففي « المدونة »[٢] وغيرها : أنه يردُّ ما أخذ منها ويقع على الطَّلاق الثلاث ، وقاسها في « الموازية » على قول مالك في القائل لعبده : إن بعتك فأنت حر ، وكذلك أجراه اللَّخْمِيّ في الخلع قولاً بعدم الرد من الخلاف في القائل: إن بعت عبدي فهو حر ، ثم باعه .

والمشهور: أنه يرد البيع ويعتق على البائع ، والشاذ أن البيع ماض ولا عتق ؛ لأنه إنما يلزمه العتق إذا حصل في ملك المشتري ولا يمكن إلزامه العتق وهو في ملك الغير .

اللخمي : فجعل هذا القائل البيع يسبق الحنث ، وكذلك يكون الطَّلاق الثلاث بعد الخلع فلا يكون عليه رد المال ، وهو أحسن ؛ لأن الفاء للتعقيب ، والمشهور جار على أن الشرط والمشروط يقعان معاً .

ابن راشد : والحق هو المشهور لأنه لمَّا علق على فعله لا على فعل غيره لقوله : إن بعتك فأنت حر ،وبيعه إنما هو صدور الإيجاب ، وصدور الإيجاب هو السبب في العتق لكن لا يتحقق كونه سبباً إلا بقبول المشتري فإذا قبل المشتري تحققنا تقدم سبب العتق فلذلك قلنا بفسخ البيع وإمضاء العتق .

---

(١) « المدونة » (٥/ ٣٣٧) .

(٢) « المدونة » (٥/ ٣٤٧) .

كذلك مسألة الخلع فقوله : (**إِنْ خَالَعْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثاً**) علق الطَّلاق على خلعه فتبين إن صدر منه الإيجاب وصدر منها القبول وقع الطَّلاق مستنداً لإيجابه لا لقبولها ، انتهى .

وفيه نظر ؛ لأن المعلق علق بوجود البيع وحقيقة البيع لا تحصل إلا بمجموع الإيجاب والقبول .

قوله : (**فَإِنْ لَمْ يُقَيِّدْ**) يعني وإن لم يقيد يمينه بالثلاث بل قال : إن خالعتك فأنت طالق ،فقال في « المدونة »[1] وغيرها :يلزمه طلقتان واحدة بالخلع وأخرى باليمين وأجرى اللَّخْمِيّ قولاً بلزوم واحدة فقط من الشاذ فيمن أتبع الخلع طلاقاً ، أو قال لغير المدخول بها: أنت طالق أنت طالق .

وقد يفرق بينهما ، فإن قوله : إن خالعتك فأنت طالق، قد يقال فيه بوقوع الشرط والمشروط معا ، وذلك أن المعلق عليه علة شرعية للمعلق أجراها العلماء مجرى العلة العقلية ، فكما أن العلة العقلية لا يتأخر عنها معلولها في الزمان كحركة الخاتم والإصبع ، فكذلك العلة الشرعية بخلاف من أتبع الخلع طلاقاً ، أو قال لغير المدخول بها : أنت طالق أنت طالق ، فإن وقعت الطلقة الثانية متأخرة عن الأولى بالزمان ، ثم في القياس على من أتبع الخلع طلاقاً - نظر ؛ وذلك أن الخلاف ليس منصوصاً فيمن أتبع الخلع طلاقاً ، إنما الخلاف فيمن قال لغير المدخول بها : أنت طالق أنت طالق ، والصحيح عند أهل الأصول المنع من قياس فرع على فرع مقيس على أصل ، وبيان ذلك في محله ، وقوله : (**طَلْقَتَانِ**) يعني ولا يرد العوض .

وَلَوْ قَالَ : طَلَّقْتُكِ ثَلاثاً على أَلْفٍ ، فَقَالَتْ : قَبِلْتُ وَاحِدَةً عَلَى ثلثه، لَمْ يَقَعْ ، ولَوْ قَبِلَتْ بِأَلْفٍ وقعت ....

إنما لم يقع إذا قبلت واحدة على ثلث الألف؛ لأن الزوج يقول: لم أرض بخلاصك مني إلا بالألف ، وأنت إذا قبلت واحدة بثلث الألف تريدين أن تتخلصي مني بدون ذلك؛ ولأن الزوج قد يكون مقصوده في مجموع الألف ، ولهذا قلنا باللزوم إذا قبلت واحدة على الألف ؛ لأن مقصوده حصل ولا يتعلق بوقوع الثلاث غرض شرعي .

---

(١) « المدونة » (٥/٣٤٧) .

وَلَوْ قَالَتْ : طَلِّقْنِي ثَلاثاً عَلَى أَلْف ، فَقَالَ : طَلَّقْتُك وَاحِدَةً أَوْ بِالْعَكْسِ ، وَقَعَ واسْتَحَقَّ ذَلِكَ عَلَى الْمَنْصُوصِ فِيهِمَا لأَنَّ مَقْصُودَهَا حَصَلَ ....

يعني : إذا سألته أن يطلقها ثلاثاً على ألف فطلقها واحدة على ذلك ، أو سألته أن يطلقها واحدة على ألف فطلقها ثلاثاً على ذلك ، وهو معنى قوله : (**أَوْ بِالْعَكْسِ وَقَعَ**) أي: الطَّلَاق البائن فيهما .

(**واسْتَحَقَّ ذَلِكَ**) الألف (**عَلَى الْمَنْصُوصِ فِيهِمَا**) أي : الفرعين .

والصورة الأولى منصوصة في «الموازية »، والثانية في « المدونة » وغيرها إلا أنه فرضها في « المدونة » إذا سألته طلقتين ، وعلل المصنف ذلك بأن (**مَقْصُودَهَا حَصَلَ**) أي : مقصودها في الأولى البينونة وقد حصلت والثلاث لا يتعلق بها غرض شرعي ، ولا شك في حصول مقصودها في الثانية بل وزيادة ، وقال اللَّخْمِي : أرى إذا أعطته على أن يطلقها واحدة فطلقها ثلاثاً أن ينظر إلى سبب ذلك ، فإن كان راغباً في إمساكها وهي راغبة في الطَّلَاق لا مقال لها ، وإن كان راغباً في طلاقها فأعطته على أن يكون طلاقه واحدة أن ترجع بجميع ما أعطته ؛ لأنها إنما أعطته على ألا يوقع إلا اثنتين لتحل إن بدا له من قبل من الزوج ، وكذلك إن أعطته على أن يطلقها ثلاثاً فطلقها واحدة ، ينظر فإن كان عازماً على طلاقها واحدة كان لها أن ترجع بجميع ما أعطته ؛ لأنها للاثنين أعطت ، وإن كان راغباً في إمساكها فأعطته على أن يطلق ثلاثاً جرت على قولين فيمن شرط شرطاً لا ينفعه هل يوفي له به أم لا ؟

وحكى ابن عبد السلام : في قوله : جرى على القولين في شرط ما لا يفيد : فقد يقال في هذا الوجه: إنه من شرط ما يفيد ؛ لأنه إذا كان راغباً فيها وهي كارهة كان مقصودها من إعطاء العوض البعد عنه على أتم الوجوه بحيث لا يبقى له فيها طلب ، وذلك إنما يحصل مع الثلاث ، وأما الواحدة فقد يتوسل إلى مراجعتها بمن لا يمكنها ردّه ، قال: وقول اللَّخْمِيّ مقابل للمنصوص الذي أشار إليه المصنف ، إلا أنه لا يفهم من كلامه مفصَّلاً ، ويحتمل أن يريد المصنف بمقابل المنصوص في الصورة الأولى ما قاله عبد الوهاب في « الإشراف »[1] فإنه قال بعد أن نقل عن ابن المواز ما تقدم من اللزوم: إذا قالت :

(١) « الإشراف » (٣/ ٤١٢) .

طلقني ثلاثاً بألف ، فقال : طلقتك واحدة بالألف ، قال : عندي أن النظر أن الخلع يقع ولا يستحق شيئاً من الألف .

وَالطَّلاقُ السُّنِّيُّ : أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي طُهْرٍ لَمْ يُجَامِعْهَا فِيهِ وَاحِدَةً ، وهِيَ غَيْرُ مُعْتَدَّةٍ عَلَى الْمَشْهُورِ....

لما قدم أن الطَّلاق على ضربين أحدهما : بعوض ، وفرغ منه شرع في الكلام على الضرب الآخر: وهو الخالي عن العوض ، وليس المراد بالسني أنه راجح الفعل كما هو المتبادر إلى الذهن من النسبة إلى السنة ، بل على أنه الذي أذنت فيه السنة مقابلاً للبدعي ونحوه لعبد الوهاب[1] وغيره .

وطلاق البدعة : ما وقع على غير الوجه المشروع ، والطَّلاق مباح من حيث الجملة .

وقال بعض الشيوخ : إنه مكروه لما في أبي داود عنه عليه الصلاة والسلام : « **أَبْغَضُ الْحَلاَلِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى الطَّلاَقُ** »[2] .

ولا إشكال أنه قد يعرض له الوجوب والتحريم والندب ، وثبت أنه عليه الصلاة والسلام طلق حفصة واحدة ثم راجعها وطلق العالية بنت سفيان وهي التي كانت تدعي أم المساكين .

وذكر المصنف لطلاق السنة أربعة قيود :

الأول : أن يطلق في طهر، فلو طلقها في حيض كان مطلقاً للبدعة .

عبد الوهاب : وهو حرام بإجماع .

واختلف هل المنع في الحيض تعبداً أو لطول العدة عليها ؟ وهو المشهور كما سيذكره المصنف ؛ لأنه إذا طلقها في حيض لا تعتد به فيلغى بقية أيام الحيض .

القيد الثاني : أن لا يجامعها في ذلك الطهر ، فإن جامعها ثم طلقها كان مطلقاً للبدعة،

---

(١) « الإشراف » (٣/ ٤١٢) .

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٧٨) وابن ماجه (٢٠١٨) والحاكم (٢٧٩٤) والبيهقى في « الكبرى » (١٤٦٧١) من حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - .

وقال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد ، ولم يخرجاه ، وضعفه الألبانى رحمه الله .

وليس ممنوعاً كطلاق الحيض ، فقد صرح في « المدونة »[١] بكراهيته وفي «الاستلحاق»: عن بعض الشيوخ : أنه محظور كالطلاق في الحيض ،

واختلف في وجه الكراهة : فقال عبد الوهاب : لأنه ليس عليها عدة ، فلم تدرِ هل تعتد بالوضع أو بالأقراء ؟ لأنه يندم إن خرجت حاملاً ، وقيل :لخوف الندم خاصة إن خرجت حاملاً ، وقيل : لتكون مستبرأة فيكون على يقين من نفي الحمل إن أتت بولد وأراد نفيه ، وضعف اللَّخمِيّ الأول لعدم اللبس في العدة ، وكذلك لأن العدة لا تفتقر إلى نية وهي تنتظر في المستقبل فإن رأت حيضاً بنت عليه،وإن ظهر حمل انتظرت الوضع .

القيد الثالث : أن يطلقها واحدة .

اللخمي : وإيقاع الاثنتين مكروه ، والثلاث ممنوع لقوله تعالى : ﴿**لا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا**﴾ [الطلاق:١] أي : من الرغبة في المراجعة والندم على الفراق ، ونقل ابن عبد البر[٢] وغيره الإجماع على لزوم الثلاث في حق من أوقعها ؛ لما خرّجه ابن أبي شيبة[٣] أن ابن عباس أتاه رجل فقال له : إن عمي طلَّق امرأته ثلاثاً ،فقال : إن عمّك عصى الله،فأندمه ولم يجعل له مخرجاً .

وعن أنس: أن عمر رضي الله عنه : كان إذا أتي له برجل طلّق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد أوجعه ضرباً وفرَّق بينهما[٤] ، وقال عمران بن الحصين نحوه قال : ولا أعلم لهما مخالفاً من الصحابة .

وحكى في « الإشراف »[٥] عن بعض المبتدعة: أنه إنما يلزم موقع الثلاث واحدة ، وعن بعض الظاهرية: أنه لا يلزمه شيء .

الباجي[٦] : وإنما يروى هذا عن الحجاج بن أرطاة ومحمد بن إسحاق ، وتعلقوا بحديث طاوس عن ابن عباس أنه قال : كان الطَّلاق في عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر رضي الله

---

(١) « المدونة » (٥/ ٤٢٣) .

(٢) « الاستذكار » (٦/ ٤) .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٤/ ٦١) وعبد الرزاق (١٠٧٧٩) والبيهقي في « الكبرى »(١٤٧٥٨) .

(٤) أخرجه عبد الرزاق (١١٣٤٥) .

(٥) « الإشراف » (٣/ ٤١٣) .

(٦) « المنتقى » (٥/ ١٨٥) .

عنه وسنين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة ،فقـال عمر : قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة ، فأمضاه عليهم ، وهو خـبر صحيح رواه الأئمة ، وطاوس إمام وابنه إمام ، وقال بعضهم : هو وهم .

الباجي[١] : وعندي أن الوهم وقع في التأويل ، ومعناه عندى: أنهم كانوا يوقعون طلقة واحدة بدل إيقاع الناس ثلاثاً بدليل قـوله : إن الناس قد استعجلوا في أمر كـانت لهم فيه أناة ، وقد روي عن ابن عباس من غير طريق أنه أفتى بلزوم الثلاث لمن أوقعها مجتمعة .

فإن حمل حـديث طاوس على ما تأولناه فلا كلام ، وإن كان على غيـر ذلك فقد رجع ابن عباس إلى قول الجماعة وانعقد به الإجماع ، وحكى التلمساني عندنا قولاً بأنه إذا أوقع الثلاث في كـلمة أنه إنما تلزمـه واحدة ؛ وذكر أنه في «النوادر »، ولـم أره ، وشذ بعض المبتدعة أيضاً فقال بعدم اللزوم إذا طلق في الحيض ، وبذلك قال بعض البغداديين .

ويرده ما جاء في الصـحيح في بعض طرق حديث ابن عمـر لما طلق في الحيض قال : فراجعتها وحسبت لها التطليقة التي طلقها ، ذكره مسلم[٢] .

وفي البخاري [٣]:وحسبت عليَّ تطليقة ، لكن خرج أبو داوود عن ابن الزبير أنه سمع ابن عمر قال : فردها على رسول الله ﷺ ولم يرها شيئا [٤] .

أبـــو داود : والأحاديث كلهـا على خلافه ولعل هؤلاء لاحظـوا كون النهي يدل على الفساد .

القيـد الرابع : أن تكون غير معتدة منه ، يتحـرز من أن يطلقها في كل طهر طلقة ما لم يرتجعها فإن فعله فالأولى للسنة والأخيرتان للبدعة ، وهذا مذهب «المدونة» وقال أَشْهَب : له أن يطلقها في كل طهر طلقة ما لم يراجعها في خلال ذلك وهو يريد أن يطلقها ثانية فلا يسعه ذلك ؛ لأنه تطويل للعدة عليها ويضر بها ، وهذا مقابل المشهور ورأى في المشهور أن ذلك بمنزلة من طلق ثلاثاً في دفعة ورأى أنه ليس في ذلك تطويل .

عياض : ولأشهب قول آخر: أنه لا بأس إن ارتجع بنية الفراق ، ولا خلاف أنه لو ارتجع بنية البقاء ثم بدا له فطلّق هكذا في كل طهر لما كره له الرجعة ولا الطّلاق .

---

(١) « المنتقى » (٥/ ١٨٥) .

(٢) أخرجه مسلم (١٤٧١) . (٣) «صحيح البخاري» (٥٣٣٢) .

(٤) أخرجه أبو داود (٢١٨٥) وأحمد (٥٥٢٤) وعبد الرزاق (١٠٩٦٠) والبيهقي في « الكبرى » (١٤٧٠٦) ، وصححه الألباني – رحمه الله – .

وَالْبِدْعِيُّ عَلَى خِلافِهِ

أي : فقد منه القيود ، إما بأن يكون في حيض ، أو في طهر مسَّ فيه ، أو أكثر من واحدة ، أو طلقها وهي معتدة وبحسب ما فقد منه من القيود من الكثرة والقلة يبعد عن السنة ولا يمكن أن يفقد جميع القيود ؛لأن أحد القيود أن يكون في حيض ، والآخر أن يكون في طهر جامع فيه فلا يمكن اجتماعهما ، ولا يلحق بالطهر المجامع فيه الحيض المجامع فيه لأن الوطء في الطهر يكون عنه الحمل فيحصل اللبس ، نعم يمكن أن يتكلف إلحاقه به إذا كان الجماع في أواخر الحيض كما يقال في كتاب الاستبراء .

فَلا بِدْعَةَ فِي الصَّغِيرةِ والْيَائِسَةِ والْمُسْتَحَاضَةِ غَيْرِ الْمُمَيِّزَةِ إلا فِي العدَدِ ، وفِي الْمُمَيِّزَةِ قَوْلانِ....

لأنهن لا حيض عليهن ، والقولان في المستحاضة المميزة مبنيان على القولين في عدتها هل هى بالأقراء أو بالسنة ؟ فعلى المشهور: أنها تعتد بالأقراء فيكون طلاقها في الحيض بدعيا، وعلى أنها تعتد بالسنة لا يكون بدعيا .

ونقل الباجى[1] عن عبد الوهاب أنه قال : من جاز طلاقها في كل وقت كالصغيرة واليائسة لا يوصف بسنة ولا بدعة .

وعُلِّلَ فِي الْحَيْضِ بِتَطْوِيلِ الْعدَّة ، وقِيلَ : غَيْرُ مُعَلَّلٍ ، وعَلَى الْمَشْهُورِ: يَجُوزُ طَلاقُ غَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا والْحَامِلِ فِي حَيْضتِهِمَا ....

أما قوله : (**وعُلِّلَ فِي الْحَيْضِ بِتَطْوِيلِ الْعدَّةِ**) ، وقيل : غير معلل ، وقد تقدم التنبيه عليه .

(**وعَلَى الْمَشْهُورِ**) أى: التعليل ، (**يَجُوزُ طَلاقُ غَيْرِ الْمَدْخُول بِهَا والْحَامِلِ فِي حَيْضتِهِمَا**) إذ لا تطويل في حقهما؛ لأن غير المدخول بها لا عدة عليها ، والحامل في عدتها بالحمل فلا أثر لحيضتها ، وما ذكرناه جار على المشهور وهو في « المدونة »[2] فقد نص فيها على طلاق غير المدخول بها والحامل متى شاء ، ونص ابن شعبان وأبو عمران

(١) « المنتقى» (١٨٦/٥) .

(٢) « المدونة » (٣٣٩/٥) .

على الجواز في الحامل ومنعه ابن القصار لما عـورض بقول المخالف لو كانت الحامل تحيض لكان الطَّلاق فيه حراماً فقال : كذلك أقول .

ابن عـبـد السـلام : وروي عن مالك أيضـاً منع طلاق الحائض غير المدخـول بها وعن أَشْهَب كراهته فقط .

فرع :

فإن طلق من ولدت ولدا وبقى في بطنها آخر ، فقال أبو عمران : إن قلنا بطلاق الحامل حال الحيض لم يجبر على الرجعة .

تنبيهان :

الأول : ما ذكر المصنف من أن المشـهور التعليل بتطويل العدة ، قـال اللَّخْمِيّ : الظاهر من المذهب خلافه ، وأنه غـير معلل، قال : ولو كانت العلة التطويل لجـاز أن يطلقها في الحيض برضـاها ؛لأنه حق لها ويلزم أيضا ألا يجـبر على الرجعـة إلا أن تقوم بحقـها في التطويل ، لأنه حق لآدمى فـلا يقـتضي به حـتى يقوم بـه ، ولا يجبـر على الرجعـة إذا طهرت؛ لأن المدة التي كان فيها التطويل قد ذهبت .

الثاني : إنما تعرض المصنف لعلة المنع في الطَّلاق في الحيض دون سائر الطَّلاق لأن كتابه ليس موضوعاً لبيان التوجيه ، وذكر الأسباب وإنما هو موضوع للأحكام فلذلك ذكر هذا لما يترتب عليه من الأحكام دون غيره .

والْخُلْعُ كَالطَّلاقِ ، وقيلَ : لا ، لأَنَّهُ بِرِضَاهَا

قوله : (**والْخُلْعُ كَـالطَّلاقِ**) أى فيمتنع وهو قول ابن القاسم وأَشْهَب وهو المشهور ، وقيل : ليس الخلع كـالطلاق فيجـوز وهذا القول هو الجاري على التـعليل بتطويل العدة ، قال في « الجواهر »[١] : واختلف في علة الجواز على هذا القول فقيل : لأن ذلك تطويل برضاها ، وقيل : لأنه مـعلل بضرورة الافتداء ، ويخرج على تحقيـق العلة فرعان : جواز الطَّلاق برضاها ،وأن يكون عوضا ، واختلاع الأجنبي ، وإلى هذين الفرعين أشار بقوله :

فَيَتَخَرَّجُ عَلَيْهِ جَوَازُ طَلاقِهَا فِي الْحَيْضِ بِرِضَاهَا ، ومَنْعُهُ فِي اخْتِلاعِ الأَجْنَبِيِّ

تصوره ظاهر .

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٥٠٥) .

وَإِذَا وَقَعَ فِي حَيْضٍ أَوْ نِفَاسٍ ابْتِدَاءً أَوْ حِنْثاً أُجْبِرَ عَلَى الرَّجْعَةِ مَا بَقِيَ مِنَ الْعِدَّةِ شَيْءٌ ، وَقَالَ أَشْهَب : مَا لَمْ تَطْهُرْ مِنَ الثَّانِيَةِ ....

الأصل فيه ما خرجه البخاري ومسلم عن عبد الله بن عمر ـ رضي الله عنهما ـ أنه طلق امرأته وهي حائض فذكر ذلك عمر لرسول الله ﷺ ، فتغيظ ، ثم قال : « **مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها قبل أن يمسها فتلك العدة كما أمر الله عز وجل** »[1] .

قال في « الاستذكار »[2] : هكذا روى جماعة عن ابن عمر ، وبه أخذ فقهاء الحجاز منهم مالك والشافعي فقالوا : إذا طلقها أنه يراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم يطلق إن شاء .

ورواه جماعة عن ابن عمر وقالوا فيه مرة : فليراجعها حتى تطهر ثم إن شاء طلقها طاهراً قبل أن يمسها أو حاملاً ، وإلى هذا ذهب أبو حنيفة وأكثر العراقيين، وللرواية الأولى أوجه حسان :

منها : أنه لما طلق في الوضع الذي نهى عنه لئلا تطول العدة أمر بالمراجعة ليوقع الطَّلاق على سنته ، فلو أبيح له أن يطلق إذا طهرت من تلك الحيضة كانت في معنى المطلقة قبل البناء ، أو كانت تبني على عدتها الأولى فيتم مقصوده ، فأمر بالوطء ليقطع حكم الطَّلاق الأول وإذا طلقها لم يكن طلاقها في ذلك الطهر؛ لأنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يطلقها في طهر مسَّها فيه . ومنها :أن الطهر الثاني جعل للإصلاح الذي قال الله تعالى: ﴿**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلاحًا**﴾ [البقرة:٢٢٨] لأن المرتجع لا يرتجع رجعة ضرر لقوله تعالى : ﴿**وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا**﴾ [البقرة : ٢٣١] فالطهر الأول فيه الإصلاح بالوطء ، فإذاً لم يجز له أن يطلق في ذلك الطهر ، ومنها : أن المراجعة لا تعلم صحتها إلا بالوطء لأنه المبتغى من النكاح والمراجعة في الأغلب ، انتهى .

قوله : (**ابتداءً**) ، أي: طلقها طلاقاً مبتدئاً في حيض أو نفاس أو حنث كما لو علق طلاقها على دخول الدار فدخلت وهي حائض أو نفساء أجبر على الرجعة لحديث ابن عمر وهو وإن ورد في الحيض فلا فرق بينه وبين النفاس كما في سائر الأحكام ، والمشهور أنه يجبر ما بقي من العدة شيء معاقبة له ولا طلاق لقوله عليه الصلاة والسلام : « **مره فليراجعها** » .

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) « الاستذكار » (٦/ ١٤١) .

وقال أَشْـهَب : يجبر على الرجعة ما لم تطهر ثم تحيض ثم تطهر وهو معنى قوله : ما لم تطهر من الثانية ، ووجهه : أن في هذه الحـالة أباح النبي ﷺ طلاقها فلم يكن للإجبار معنى ، وفهم من قول المصنف (**أُجْبِرَ عَلَـى الرَّجْعَةِ**) أن الإجبار مختص بالطلاق الرجعي وهو الصحيح .

وقـال في « **المقدمـات** »[١] : كان أبو المطرف يفـتي بالإجبـار في طلاق الخلع ، وكان شيوخ عصره يخطئونه في ذلك .

فَإِنْ أَبَى أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ بِالأَدَبِ ، فَإِنْ أَبَى ارْتَجَعَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ

ابن القاسم وأَشْهَب وابن المواز : يجبر عندنا بالضرب والسجن والتهديد ، ويكون ذلك في مجلس واحد لأنه على معصية فإن أبى أجبره الحاكم عليه .

ابن راشد : وحكى الباجي في « وثائقه » قولين في سجنه :

أحدهما : أنه يسجن .

والآخر : أن الحاكم يرتجع عليه ويتم القضاء .

وفي « المقدمات » [٢]: عن ابن القاسم في « العتبية »[٣] : إن أبى حكم عليه بالرجعة، قال : ولم يذكر سجناً ولا ضرباً ، قـيل : وظاهره خلاف الأول ، ووجهه : أنه إذا كانت الرجعة تحصل من الحاكم فلا معنى لجبره ، ورأى في القول الآخر أن من شرط إلزام الحاكم له تحقق الإباية ولا يتحقق ذلك إلا بالسجن والضرب .

وَلَهُ وَطْؤُهَا بِذَلِكَ عَلَى الأَصَحِّ ، كَمَا يَتَوَارَثَانِ بَعْدَ مُدَّةِ الْعِدَّةِ

قـوله (**بِذَلِـكَ**) أي بارتجاع الحاكم على الأصح والأصح قول أبي عـمران وقاسه على المتزوج هازلاً ، أنه يلزمه النكاح وله الوطء .

قال في « **المقـدمات** »[٤] : وهو الصحيح قيـاساً على من يجبر على النكاح من أب أو وصي أو سيد فيـجوز للمتزوج الوطء إن غلب على ظنه النكاح، ومقابلـة لبعض أصحابنا البغداديين أنه ليـس له الوطء إلا أن يستمتع منها حـال حيضتـها بما فوق الإزار إذا لم يكن نوى الرجعة .

ابن عـبـد السـلام : قال بعضــهم : وعلى هذا إذا انقضت العدة ولا نية لـه في الرجعة

(١) « المقدمات » ١/ ٢٦٧) .
(٢) « المقدمات » (١/ ٢٦٣) .
(٣) «البيان والتحصيل» (٥/ ٤٦٥) .
(٤) « المقدمات » (١/ ٢٦٣) .

فليس له وطؤها ولا أن يبيت معها ومن يقول بهذا لا يبعد أن يخالف فيما احتج به المصنف من الميراث ومقتضى كلام المصنف أنه يوافق على الميراث وإلا لم يحسن الاستدلال بذلك .

وَالْمُسْتَحَبُّ: أَنْ يَمْسِكَهَا حَتَّى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ

دليله : حديث ابن عمر المتقدم وقد تقدم وجه ذلك .

فَإِنْ طَلَّقَ فِي الطُّهْرِ الأَوَّلِ أَوْ فِي طُهْرٍ جَامَعَ فِيهِ أَوْ قَبْلَ أَنْ تَغْتَسِلَ مِنَ الْحَيْضِ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ لَمْ يُجْبَرْ ....

يعني : أنه إذا طلق طلاق بدعة فلا يجبر إلا في الحيض فقط ؛ لأن الجبر على خلاف الأصل فيقضي به على مورده فقوله : (**لَمْ يُجْبَرْ**) راجع إلى الجميع ولا يلزم من نفي الأمر، وفي أصل « المدونة »[1] : لم يؤمر .

واختصر أبو محمد « المدونة » على نفي الجبر ، وذكر عبد الوهاب[2] قولاً بأمر من طلق في طهر مس فيه بالمراجعة من غير جبر .

عياض : وظاهر الكتاب خلافه ، وحكى بعض المغاربة قولاً بالجبر فيما إذا طلق في طهر مس فيه .

قال في « المدونة »[3] : ولا تطلق التي رأت القصة البيضاء حتى تغتسل بالماء فإن فعل لزمه ولا يجبر على الرجعة : وإن كانت مسافرة لا تجد ماء فتيممت فلا بأس أن يطلقها بعد التيمم لجواز الصلاة لها .

قال في « النكت »[4] : قال بعض شيوخنا : وسواء صلت بالتيمم أو لم تصل به له طلاقها ، فقول المصنف : أو ما يقوم مقامه ،أي: مقام الغسل وهو التيمم كما جاء في «المدونة » ويحتمل أن يكون الضمير في مقامه عائداً على الحيض ، ويكون مراده النفاس لأنه يشارك الحيض في هذا وفهم من قول المصنف : (**لَمْ يُجْبَرْ**) منع الطَّلاق بعد الطهر وقبل الغسل وهو صحيح كما ذكرناه في « المدونة » .

---

(١) « المدونة » (٥/ ٣٤٠) .

(٢) « المعونة » (١/ ٢٦٣) .

(٣) « المدونة » (٥/ ٤٢٣) .

(٤) « النكت والفروق » (١/ ٢٥٦) .

وحكى ابن عبد السلام قولاً بجـواز الطَّلاق إذا رأت القصة قال : وهو الظاهر إما على أن الطَّلاق منع في الحـيض لتطويل العدة فـلا تطويل هنا إلا قدر الاغـتسـال ، وإما على التعبد فلانتـفاء الحيض وتعذر القياس ، فإن انقطع الدم فطلقهـا فعاودها الدم بالقرب فهل يجبرَ على الرجـعة ؟ - وإليه ذهب أبو عمران وأبو بكر بن عبـد الرحمن ؛ لأنه دم يضاف إلى الأول - أو لا يجبر ؟

الباجي[1] : وهو الأظهر عندي ؛لأنه طلق في وقت يجوز له فيه الوطء ويجوز صومها وقد رأيت ذلك لبعض الصقليين، انتهى .

ولأنه لم يقصد التطويل .

وَالْقَوْلُ قَوْلُهَا أَنَّهَا حَائِضٌ، وَلا تَكْشِفَ

يعني : إذا اختلفا فقالت : طلقتني وأنا حائض ، فقال : بل وأنت طاهر ، فلا تكشف بالاتفاق ، قاله ابن عبد السلام .

واختلف هل تصدق عليه كـما في عيوب الفرج ويجبـر على الرجعة ؟ وإليه ذهب ابن القاسم وسحنون .

أو لا تصدق عليـه ويكون القول قوله ؟ وهـو أيضاً لابن القاسم، ووجـهه : أنه ادعى حلالاً وادعت حراما .

ابن عـبد السـلام : ابن المواز: وهذا الخلاف إنما هو إذا تنازعا وترافـعا إلى الحاكم حين الحيض ، وأما لو كانت حينئذ طاهـراً فالقول قوله ، ونحوه للباجى[2] ، وذكر ابـن راشد قول ابن المواز على أنه ثالث .

ابـن يـونـس[3] : ولو قيل: تنـظر إليها النسـاء بإدخال خرقـة ، ولا كشـفة في ذلك و[لرأيته][4] صواباً؛ ولأن ذلك حق للزوج كعيوب الفرج والحمل ولأنها تتهم على عقوبة الزوج بالارتجاع ولا ضرر عليها في الاختبار فوجب أن تختبر .

فرع :

قال محمد في النكاح الفاسد :إذا كان مما يفرق فيه بعد الدخول ولا يحتاط فيه بالطلاق كنكاح المحرم فإنه يفسخ في الحيض لأن إقراره أعظم من الطَّلاق في الحيض .

---

(١) « المنتقى » (٥/ ١٨٧) .
(٢) « المنتقى » (٥/ ١٨٧) .
(٣) «الجامع» (٤/ ٤٦٩) .
(٤) في ط : ورأيته ، والمثبت من «الجامع» .

محمد : ولا يطلق على المجنون والمجذوم والعنين ومن عدم النفقة في الحيض والنفاس.

اللخمي : وإن أخطأ الحاكم وطلق حينئذ لم يقع بخلاف الزوج نفسه ؛ لأن الحاكم كالوكيل فلا ينفذ في غير ما وكل عليه ؛ ولأنه لو أجيز فعله لجبر الزوج على الرجعة ثم يطلق عليه أخرى إذا طهرت فتلزمه تطليقتان وفي هذا ضرر إلا على العنين فإنه يمضي عليه الطَّلاق؛ لأن الطَّلاق بائن .

وعن مالك في التطليق على المولى في الحيض وتأخيره روايتان ، وكلام اللَّخْمِيّ يقتضي أن الطَّلاق الذي يوقع على المجنون والمجذوم رجعي وهو قول التونسي وهو خلاف أصل المذهب ، ففي « المقدمات »[1] : ذهب التونسي إلى أن تطليق الإمام على المجنون والمجذوم والأبرص إنما هي طلقة رجعية وأن الموارثة بينهما قائمة مادامت في العدة ولو صحوا في العدة من دائهم كانت لهم الرجعة ، وهو خلاف المعلوم من المذهب إن كان طلاقا يوقعه الحاكم فهو بائن ، إلا طلاق المولى والمعسر بالنفقة فقال : فعلى قوله لو أخطأ الإمام فطلق على واحد منهم في الحيض يجبر على الرجعة إن صح فيها من دائه .

وَإِذَا قَالَ لِلْحَائِضِ : أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ ، طُلِّقَتْ مَكَانَهَا، وَيُجْبَرُ على الرجعة ؛ لأَنَّهَا طُلِّقَتْ فِي الْحَيْضِ مِثْل : إِذَا طَهُرَتْ ....

لأن قوله : (لِلسُّنَّةِ) بمنزلة قوله : أنت طالق إذا طهرت ، والقاعدة أن من علق الطَّلاق على غالب تنجز في الحال كما سيأتي ، وقوله : (**وَيُجْبَرُ على الرجعة لأَنَّهَا طُلِّقَتْ فِي الْحَيْضِ**) ظاهر .

وَإِذَا قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثلاثاً لِلسُّنَّةِ، طُلِّقَتْ ثلاثاً مَكَانَهَا عَلَى الْمَشْهُورِ مثل : كلَّما طهرت

لأن قوله : (**أَنْتِ طَالِقٌ ثلاثاً لِلسُّنَّةِ**) بمنزلة قوله : أنت طالق في كل طهر طلقة ؛ فلما لزمه أن يطلقها في الطهر الأول طلقة ، وفي الثانية أخرى ، وفي الثالثة أخرى نجزت عليه الثلاث للقاعدة .

وقوله : (**عَلَى الْمَشْهُورِ**) لم يقع في كل النسخ وهو في « الجواهر »[2] وهو ينبني على أصل وهو : أنه إذا علق الطَّلاق على آت ، فهل ينجز ؟ وإن لم يُبِنَ وقع في أجله ، ولا

---

(١) « المقدمات » (١/ ٢٦٤) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٥٠٥) .

يقدر واقع في أجله وهو المشهور وعليه يـلزم الثلاث، أو لا ينجز وإلا ما لو أتى زمنه كان واقعا ؛ وهو قول ابن الماجشون وسحنون، وعليه فلا يلزمه إلا اثنتان ؛ لأن المرأة تحل للغير بدخولها في الحـيضة الثالثـة فلا يأتي الطهر الثالث إلا وهي بائنة ، ولا فـرق على المشهور بين أن تكون المرأة حال كلامه طاهراً أو حائضاً ، صرح بذلك في « المدونة »[1] ، وظاهر كلام ابن عبد السلام أن الشاذ أيضاً كذلك .

خليل : وفيه نظر ؛ لأنه إذا قال لها وهي حائض : أنت طالق كلما طهرت ؛ ينبغي أن يتفق على لزوم الثلاث ؛ لأنه يلزمه بالطهر الأول طلقة ، وكذلك بالثاني وكذلك بالثالث؛ لأنهـا لم تخـرج من العـدة إلى الآن ؛ لأن المرأة إذا طلقت في حـيض أو نفـاس لا تحل بالدخول في الحيـضة الرابعة ، ولم ينقل اللَّخْمِيّ وغيـره قول سحنون إلا فيمـا إذا قال لها ذلك وهي طاهر .

فَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا فَوَاحِدَةٌ

هذا الفرع ذكره ابن سحنون عن أبيه .

ابن عبد السلام : والأقرب أنه أجراه على أصل ابن الماجشون ؛لأنها لا عدة عليها فكأن الطلقتين أوقعهما على غير زوجة ، وأمَّا على أصل ابن القاسم فتلزمه الثلاث .

وَلَوْ قَالَ : خَيْرُ الطَّلاقِ وَشِبْهِهِ فَوَاحِدَةٌ ، وَشَرُّهُ ثَلاثاً

شبه (**خَيْرُ الطَّلاقِ**) أحسنه وأجمله وأفضله نُصَّ عليه في «كتاب ابن سحنون».

وقـوله : (**وَشَـرُّهُ ثَلاثاً**) يريد بذلك أسوأه وأقبحه وأقـذره وأنتنه وأبغضه نُصَّ عليه في «كتاب ابن سحنون» أيضاً .

وكذلك إن قال : أكثر الطَّلاق ، وقال : بإثره عدداً أو لم يقل .

ســحنون : وأكمل الطَّلاق عندي كأكثـره قال : وإن قال : أنت طالق خلاف السنة أو على خلافـها ،فهى واحـدة إن لم تكن له نية ، وكأنه قـال: أنت طالق إذا حضت أو في طهر وطئتك فيه .

ابن عبد السلام : ولا يبعد أن يختلف فيه؛ لأن من الطَّلاق البدعي الثلاث .

سـحنون : من قال لامرأته : أنت طالق واحدة عظيمـة أو كبيرة أو شديدة أو طويلة أو

(١) « المدونة » (٥/ ٤٢٤) .

خبيثة أو منكرة أو مثل الجبل أو مثل القصر ، أو أنت طالق إلى البصرة أو إلى الصين فذلك كله سواء تلزمه واحدة ، وله الرجعة إلا أن ينوي أكثر .

ابن عبد السلام : وهذا أبين على من يرى أن البينونة لا تحصل إلا مع العوض وأما من لا يشترط العوض فلا يبعد إلزامه هنا واحدة بائنة .

وَأَرْكَانُهُ: أَهْلٌ ، ومَحَلٌّ ، وقَصْدٌ ، ولَفْظٌ

يعني : أن أركان الطَّلاق - أعم من أن يكون بعوض أو غيره - أربعة ، ثم أخذ يتكلم على الأول ، فالأول فقال :

الأَهْلُ مسلمٌ مُكلَّفٌ

مراده بالأهل موقع الطَّلاق .

فرع :

إذا طلق رجل زوجة الغير فأجازه زوجها فذلك طلاق ، ويتصور على ذلك أن يطلق الرجل في ساعة واحدة خمس زوجات فأكثر نقله ابن راشد ، وحاصله صحة طلاق الفضولي كالبيع ، ثم أخذ المصنف يتكلم في ذكر من احترز منه فقال :

فَلا يَنْفذُ طَلاقُ الْكَافِرِ وإِنْ أَسْلَمَتْ وَكَانَت مَوْقُوفَة

أي : لا ينفذ طلاق الكافر زوجته الكافرة ، واختلف إذا تحاكموا إلينا على أربعة أقوال قد تقدمت في أنكحة المشركين ، وما ذكره في نفوذ طلاق الكافر هو المشهور .

اللخمي : وقال المغيرة : يلزمه الطَّلاق ويحكم عليه به الآن ، وإن أسلم بعد ذلك احتسب .

وقوله : (وإِنْ أَسْلَمَتْ) مبالغة ، يعني: أنه لا ينفذ طلاق الكافر ولو أسلمت زوجته وطلقها في العدة ، وإذا أسلم قبل انقضائها كان أحق بها كما يطلق وإنما بالغ بهذه الصورة؛ لأنه قد يتوهم فيها اللزوم لكونه حكماً بين مسلم وكافر ، وما ذكره نص عليه في «المدونة»[1] وغيرها ، وتأوَّل ذلك اللَّخْمِيّ على أن المرأة لم تقم بحقها قال : وإن قامت حكم لها بما أوقع عليها من واحدة أو ثلاث ، وإن طلقها ثلاثاً كان لها أن تمنعه من الرجعة

(١) « المدونة » (٦/ ٦١) .

لأن الطَّلاق يتضمن حقا لله - تعالى - وحقا لها فلا يسقط حق الله تعالى بإسقاطها حقها، قال : ويحكم عليه بذلك لأنه حكم بين مسلم وكافر .

ابن راشـد : وفي كلامه نظر ، وقد نص ابن القـاسم على أنه لا يلزمه ، وإذا لم يلزمه لم يكن لها القيام .

خليل : ولأنه يلزم ألا يجوز البقاء على الزوجية إن لم تقم بحق الله تعالى .

وَلا الصَّبِيِّ ، ولا الْمَجْنُونِ

لانتفاء التكليف عن كـل واحد منهما ، والمشهور: عـدم لزوم الطَّلاق للمراهق ، وفي كتاب «ابن شـعبان» في من ناهز البلوغ إذا قـال : إن تزوجت فلانة فهي طالق، فتـزوجها يفرق بينهما .

قوله : (**المجنون**) أي: في حال جنونه ، وأما لو أفاق وطلق في حال إفاقته لزمه قاله في « المدونة » ، وألحق مـالك في « الموازية » بالجنون المريض يهـذي فـيطلق في هذيانه ، ولو طلق وقد ذهب عقله من المرض فأنكر ذلك وقال: لم أعقل ، حلف ولا شيء عليه ، قاله مالك في « الموازية » ، وكذلك عنه في « العتبية »[(١)] إلا أنه قال : ثم إن صح فأنكر وزعم أنه لم يكن يعقل .

ونص اللَّخْمِيّ وغيره على عدم لزوم طلاق المعتوه .

بِخِلافِ السَّكْرَانِ ، وقَالَ الْبَاجِيُّ : الْمُطْبَقُ بِهِ كَالْمَجْنُونِ اتِّفَاقاً إلا فِي الصَّلاةِ

(**بِخِلافِ السَّكْرَانِ**) أي فإن طلاقه لازم ، ثم قال في « الجواهر »[(٢)] : وأما السكران بخمر أو نبيذ فالمشهور نفوذ طلاقه ، قاله المازري،وقد رويت عندنا رواية شاذة أنه لا يلزم.

وقال محمد بن عبد الحكم : لا يلزمه طلاق ولا عتاق .

ونزّل الشيخ أبو الوليد[(٣)] الخلاف على المختلط الذي معه بقية من عقله إلا أنه لا يملك الاختلاط من نفسه فيخطئ ويصيب قال : وأما السكران الذي لا يعرف الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة فـلا اختـلاف أنه كالمجنون في جـميع أفـعاله وأقواله فـيمـا بينه وبين الناس، وفيـما بينه وبين الله تعالى - إلا فـيما ذهب وقـته من الصلوات ، فقـيل: إنها لا

---

(١) « البيان والتحصيل » (٥/ ٣٦١) . (٢) « الجواهر » (٢/ ١٧٤) .

(٣) انظر «البيان والتحصيل» (٤/ ٢٥٨) .

تسقط عنه ، بخلاف المجنون ؛ من أجلِ أنَّه بإدخاله السُّكر على نفسه كالمتعمِّد لتركها حتى خرج وقتها ، انتهى .

ابن عبد السلام : ويظهر من كلام غير واحد من الشيوخ أن الصلاة يقضيها السكران سواء كان مطبقاً أم لا ، وأنه لا يختلف في ذلك ، وتحصيل القول في السكران أن المشهور تلزمه الجنايات والعتق والطَّلاق والحدود ، ولا تلزمه الإقرارات والعقود ، قال في «البيان»(١) : وهو قول مالك وعامة أصحابه وأظهر الأقوال.

اللَّخْمِيّ : وذكر أبو الفرج أنه لا يجوز طلاقه ، فعلى هذا لا يجوز عتقه ولا يحدُّ إذا زنى أو افترى ولا يقطع إن سرق ولا يُقتل إن قتل ، وقال ابن نافع : يجوز عليه كل ما فعل من بيع أو غيره ، يريد : النكاح والهبات وغيرها .

وروى ابن نافع وأَشْهَب عن مالك أنه قال : إن أُستوقن أنه سكران لم يجز بيعه وأخاف أنه إن ربح قال : كنت صحيحاً ، وإن خسر قال : كنت سكراناً ؛ قيل له : أترى نكاحه مثل ذلك ؟ قال : نعم .

ومنْ يُعْلم أنه سكران يَقْتُل هذا ويقعُ في الحدود ويسرق متاع هذا ويقول : إني سكران لا أدري ما هذا ؟ فوقف في الجواب لإمكان أن يكون السكر لم يستغرقه ، ورأى إذا صح اختلاطه أن يجري في جميع أحكامه كالمجنون ، انتهى .

وقال الباجي(٢) : ولم يختلف أصحابنا في أن الحدود والطَّلاق تلزمه وفيه نظر كما تقدم ، وظاهر كلام اللَّخْمِيّ أن الخلاف في السكران مطلقاً سواء كان معه ميز أم لا ، وكذلك حكى ابن راشد عن المازري أنه قال : المشهور لزوم طلاقه والشاذ عدم لزومه ؛ ولم يفصِّل.

وقال ابن بشير : إن كان في حال تمييز لزمه الطَّلاق بالاتفاق ، وإن كان مغموراً فالمشهور اللزوم، ونقل بعضهم ذلك عن ابن شعبان وعياض وهذه عكس طريقة ابن رشد، ويتحصل في المسألة ثلاث طرق، وإذا فرّعنا على المشهور من عدم إلزامه بالنكاح، ففي «البيان»(٣) : اختلف إذا قالت البينة: إنها رأت منه اختلاطاً ،ولم تثبت الشهادة بسكره ، على قولين :

---

(١) « البيان والتحصيل » (٥/ ٣٦١) .

(٢) « المنتقى » (٥/ ١٨٧) .

(٣) « البيان والتحصيل » (٤/ ٢٥٩) .

أحـدهمـا - وهو المشهور - : أنه يحلف ولا يلـزمه النكاح ، وروى ذلك زياد عن مالك وقاله في « المبسوط » .

والقول الـثاني : أنه لا يصدق ولا يمكن من اليمين ويلزمه النكاح ، وهو دليل قوله في رواية أَشْهَب عنه : وكيف يعلم ذلك ؟ وأخاف إن ربح قال : كنت صـحيحاً ، وإن خسر قال : كنت سكراناً إلى آخر قوله ، انتهى .

ففهم منه اللزوم خلاف ما تقدم للخمي ، وحمل في « البيان »[1] قول مالك : لا أرى نكاح السكران جائزاً ، وقال سحنون : لا يجوز بيعـه ونكاحه وهباته وصدقاته وعطياته ، على مـعنى: أنه لا يلزم ذلك ولـه أن يرجع عنه قـال : ولا يقـال في شيء من ذلك على مذهب مالك أنه غير منعقد ، وإنما يقال: إنه غير لازم انتهى .

وكلام ابن شـعبان يدل على أن عقـوده غير منعـقدة ؛ لأنه جعل بيعـه من الغرر ونص اللَّخْمِيّ على أنه لا فرق بين أن يسكر بخـمر أو غيرها ، قال : ولا يجوز أن يشـرب شيئاً يصده عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة .

وفي « شرح البـخاري »[2] لابن بطال : من سكر بلبن أو طعام حـلال أو دواء فقذف غيره فـمحمله محـمل المجنون والمغمي عليه ، وقد بلغـني عن ابن الفخار الفقـيه أنه كان يقول: من شرب من لبن أو طعام حلال أنه لا يلزمه طلاق إن طلق في حال ذلك .

وحكى الطحاوي أنه إجماع الفقهـاء ، وقال أصبغ : إن شرب سيكرانا ولم يعلم به فلا شيء عليه ، وكذلك إن علم به وشرب تداوياً .

ابن بشـيـر : وإن شربه تعدياً فـيه نظر هل يكون كالخمـر نظراً إلى عدوانه أو لا ؟ لأن النفوس لا تدعو إليه بخلاف الخمر .

سحنون في « العتبية »[3] : وإذا أوصى السكران بوصية فيها عتق ووصايا لقوم فإن ذلك لا يجوز على حال .

قال : وإذا بت عـتق عبيده في مـرضه جاز ذلك عليه؛ لأنه لو صح مـضى وهو بحال عتقه في صحته ، فكل ما أعتق السكران مما له فـيه الرجوع مثل الوصية فلا يجوز وكل ما

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/٢٥٩) .
(٢) (٥/٢٥٧) .
(٣) « البيان والتحصيل » (٤/٢٥٩) .

أعتق مما ليس له فيه الرجوع فذلك جائز عليه ، ثم رجع سحنون بالعشي في وصية السكران فقال : أرى وصيته جائزة مما أوصى به من عتق أو غيره ولا يكون أسوأ حالاً من الصبي والسفيه فإن وصيتهما جائزة .

قال في « البيان »[1] : وقول سحنون الأول: إن وصية السكران لا تجوز غلط ولهذا أسرع في الرجوع عنه ، وكذلك تفرقته فيه بين ما مثل في مرضه من العتق وغيره إن مات في مرضه غلط ، والصحيح على ما ذهب مالك إن مات من مرضه ذلك نفذ العتق وغيره من الثلث على معنى الوصية وإن صح من مرضه نفذ عليه العتق ولزمه وكان له الرجوع فيما بت له من الهبة والصدقة من أجل السكر .

واعلم أن اصطلاحه في « الجواهر »[2] إذا أراد الباجي قال : القاضي أبو الوليد ، وإن أراد ابن رشد قال : الشيخ أبو الوليد ، فقوله هنا : ونزل الشيخ أبو الوليد على هذا ، فهو ابن رشد وقد التبس هذا على المصنف فقال في مواضع : « قال في الجواهر » قال الشيخ أبو الوليد قال الباجي .

أولها : هذا الموضع .

ثانيها : قوله في القراض : قال الباجي[3] : لو قامت بينة لم تبع .

ثالثها : قوله في آخر المزارعة : وقال الباجي[4] : في الفاسدة ستة أقوال .

رابعها : قوله في الوقف ، قال الباجي[5] : وأخطأ ابن زرب .

خامسها : قوله في الأقضية : وقال الباجي[6] : العالم من الثالث .

سادسها : قوله في الشهادات : وصوبه الباجي[7] إلا في الأحباس ونحوها .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/ ٢٦٠) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ١٧٥) .

(٣) « المنتقى » (٥/ ٣٤٨) .

(٤) « المنتقى » (٥/ ٣٤٨) .

(٥) « المنتقى » (٥/ ٣٤٨) .

(٦) « المنتقى » (٥/ ٣٤٨) .

(٧) « المنتقى » (٥/ ٣٤٩) .

سـابعهـا : قوله بأثر هذا الموضع : وقـال الباجي[١]: فلا ينبغي أن يخـتلف فيه لما قد تساهل الناس .

ابن عبد السلام : ولو عكس ابن شاس ما وصف به كل واحد من الشيخين لكان أولى؛ لأن ابن رشد ولى قـضاء قرطبة شـبيهـا بالمكره ، ولم يزل يسعى في العزل حـتى عزل ، والباجي إنما ولى قـضاء أوريولة وليس لها قدر قـرطبة ، غير أن بعضـهـم حكى أن الباجي ولى قضاء حلب في رحلته ، انتهى .

ولا يقال : لا اعـتراض على المـصنف في هذا الموضع ؛لأن الباجي أيضـاً نص على أن السكران المطبق لا يخـتلف في عدم اللزوم ، ولعل المصنف لم يتـبع ابن شاس ويكون إنما اعتمد على البـاجي لأنا نقول قوله : **(إلا في الصـلاة يرده)** لأن البـاجي لم يتكلم على الصلاة وإنما تكلم عليها ابن رشد ، والله أعلم .

وَطَلاقُ الْمَـرِيضِ وإقْـرَارُهُ به كَالصَّـحِـيحِ في : أَحْكَامِـه ، وتَنْصِيـف صَـدَاقِه ، وعِـدَّةِ الْمُطَلَّقَة ، وسُقُوطِهَا في غَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا إِلا أَنَّهُ لا يَنْقَطِعُ مِيرَاثُهَا هِيَ خَاصَّةً إِنْ كَانَ مَخُوفاً قَضَى بِهِ عُثْمَانُ لامْرَأَةِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ .

لما ذكـر من يلزمـه الطَّلاق ومن لا يلزمـه ، وكـان المريض يتـرتب على طلاقـه بعض الأحكام دون بعض أشكل بسـبب ذلك كونه أهلاً للطَّلاق ، وأخـذ يذكر حكـمه وبين أن طَلاق المريض سـواء أنشأه فـي المرض أو أقر أنه فـعله في الصـحة كطـلاق الصحـيح في أحكامه، وعطف المصنف تنصيف الصداق وسقوط العدة عن غير المدخول بها على قوله : (**كـالصَّحـيح في : أَحْكَامِـه**) ، من باب عطف الخـاص على العام وحـسن ذلك إما لأن قوله: (**في : أَحْكَامِه**) قد يتوهم أنه أراد بالأحكام ما قدمه من طلاق السنة والبدعة ، وإما للتنبيه على الخـلاف فيهما ، أما عـدم تكميل الصداق فالخلاف فـيه خارج المذهب ؛ لأنه روى عن الحسن البصـري أن لها الصداق كاملاً ، وأمـا سقوط العدة عن غيـر المدخول بها فهو المعروف في المذهب ، وحكى أبو عبيد عن مالك أن عليها العدة .

ابن عبد السلام : ويلزم مذهب الحسن البصري .

وقوله : (**إِلا أَنَّـهُ**. . . إلى آخره) بيان لما يخالف فيه طلاق المريض طلاق الصحيح ،

---

(١) « المنتقى » (٥/٣٤٩) .

يعني: أن المريض الذي طلق زوجته أو أقر بطلاقها لا ينقطع بذلك ميراثها منه ، بل ترثه إن مات من مرضه ذلك ؛ لأنه لما اتهم على حرمانها من الميراث عوقب بنقيض قصده ، وإن ماتت هي قبله لم يرثها ، وأخذ عدم إرثه منها من قول المصنف : (**خاصة**)، وترثه سواء كان طلاقه بائناً أو رجعياً ، ثلاثاً أو واحدة ، انقضت عدتها أم لا .

قوله : (**إِنْ كَانَ مَخُوفاً**) **ابن عبد السلام** : ولا خلاف في اشتراطه عند من أثبت لها الميراث واستدل على وجوب إرثها بقضاء عثمان لامرأة عبد الرحمن ، وهو في «الموطأ»[١]: وهو أن عبد الرحمن طلق امرأته البتة وهو مريض ، فورّثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها وفي «الموطأ» أيضاً : أن عثمان ورّث نساء ابن مكمل منه ، وكان طلقهن وهو مريض، وبذلك قال عمر وعلي وعائشة .

قال في « الاستذكار »[٢] : ولا أعلم لهم مخالفاً من الصحابة إلا عبد الله بن الزبير .

وَلَوْ كَانَ بِخُلْعٍ أَوْ تَخْيِيرٍ أَوْ تَمْلِيكٍ أَوْ إِيلاءٍ أَوْ لِعَانٍ عَلَى الْمَعْرُوفِ بِخِلافِ الرِّدَّةِ .

يعني : أن لها الميراث ولو كان لها في الطَّلاق تَسَبُّبٌ ، كما لو بذلت مالاً حتى طلقها .

محمد : ولها الميراث في ماله ، وفيما اختلعت به ، وكما لو خيّرها أو ملّكها فاختارت الفراق ، أو كانت الفرقة بينهما بلعان .

ونبّه المصنف باللعان على أنه لا فرق بين أن يكون فراقه بطلاق أم لا ، فإن فرقة المتلاعنين فسخ بغير طلاق ، وهذا هو مذهب «المدونة» المعروف .

وفي « الجواهر » [٣] قول آخر بعدم الميراث في هذه الصورة لعدم التهمة فيها ؛ لأن الفراق وإن كان ابتداؤه منه لم يستقل به وإنما تممته هي أو غيرها وهذا مقابل المعروف .

فرع :

ابن محرز وغيره : وإذا لاعن في المرض انتفى الولد؛ لأن الأنساب لا تهمة فيها ، ألا ترى أنه لو استلحق ولداً في مرضه ألحق به ولم يتهم ، فكذلك إذا نفاه .

وقوله : (**بِخِلافِ الرِّدَّةِ**) ، نحوه في «المدونة» ففيها : وارتد في مرضه فقتل على ردته ولم يرثه ورثته المسلمون ، ولا ترثه زوجته ، إذ لا يتهم أحد بالردة على منع الميراث .

---

(١) «الموطأ» (٢١١٣) . (٢) « الاستذكار » (٦/ ١١٣) .

(٣) « الجواهر » (٢/ ١٧٥) .

يريد : وكذلك لو مات على كفره قبل رجـوعه إلى الإسلام ، وقد يقال : إذا أوجبتم الميراث في اللعان مع كـونه فسخاً فلأن توجبـوه في الردة مع كون الفرقة فيـها طلاقاً على الأشهـر من باب الأولى ؛ لأن الفسخ أولى في حل الـعصمـة ، وجوابه: لما كـان اللعان خاصا بالزوجة اتهم ، بخلاف الارتداد فإنه لا تهمة فيه لأنه يمنع سائر الورثة من الميراث .

اللخـمي : ولو عاد للإسلام ثم مات بقرب ذلك ورثه ورثته المسلمون دون زوجته على مـذهب ابن القـاسم ؛ لأن الردة عنده طلاق بائن ، والإسـلام ليس مراجـعـة وترثه على مذهب أَشْهَب وعبـد الملك لأنهما يريان إذا عاد إلى الإسلام أنها تـعود زوجته على الأصل من غير طلاق ، انتهى . وقيل : لا يرثه ورثته على قول عبد الملك .

ابن عـبد الســلام : وألحق الشيخ أبو إسـحاق بالردة ما إذا طلق عليـه في المرض بسبب جنون أو جذام أو لعان أو لنشوز منها في المرض .

وفي البـــاجي [١] : أن المطلقة لنشوز منها كـالمخالعة والملاعنة في أن حكم الميراث باق خلافاً لأبي حنيفة ولم يذكر في ذلك خلافاً .

وَلِذَلِكَ حُكِمَ فِي الْوَصِيَّةِ لَهَا وعَلَيْهَا ، وقَتْلُهَا إِيَّاهُ كَحُكْمِ الْوَارِثِ

أي : ولأجل أن المطلقـة في المرض وارثة (**حُكِـمَ**) لها في الوصـية إذا أوصى لأجنبي بزائد عن الثلث ، ولوارث غيرها ولو بدون الثلث وقف على إذنها .

(**وعَلَيْهَا**) **أي** : إذا أوصى لها بشيء بطل لأنها وارثة ، وإذا قتلته خطأ ورثت من المال دون الدية ، وعمداً لم ترث منهما ، كما في الوارث ، وكلام المصنف هنا ظاهر منصوص في « المدونة » وغيرها .

وفي اشْتِرَاطِ كَوْنِ الطَّلاقِ مِنْ سَبَبِه ، وكَوْنِهَا حِينَئِذٍ مِنْ أَهْلِ الْمِيـرَاثِ : قَوْلانِ ، وكَمَا لَوْ أَحْنَثَتْهُ ، هِيَ أَوْ غَيْرُهَا أَوْ أَسْلَمَتْ أَوْ عُتِقَتْ بَعْدَ الطَّلَاقِ ....

يـعنـي : هل يشترط في الطَّلاق الذي لا يقطع الميراث أن يكون من سـببه ؟ لم يشترط ذلك فـي « المدونـة » [٢] لقوله فيـها : وإن قال لها في صحتـه إن قدم فلان أو قال : إن دخلت بيتاً فأنت طالق ، فقدم فلان أو دخلت في مرضه لزمه الطَّلاق وورثته .

---

(١) « المنتقى » (٥/٣٤٧) .

(٢) « المدونة » (٦/٥٩) .

الباجي[١] : وهو المشهور ، وروى ابن زياد بن جعفر عن مالك : أنه لا إرث لها ، لعدم التهمة بالكلية ، ورأى المشهور ربط الحكم بالمظنة ، ألا ترى أن عبد الرحمن رضي الله عنه أنزهه الله عن أن يقصد منعها من الميراث ، وإنما الحكم إذا ثبت بعلة غالبة اكتفى بغلبتها عن تتبعها في إحدى الصور ، وهذا في الشريعة كثير لمن تأمله لاسيما على مذهبنا بسد الذرائع ، ولأنه قد يبدي لها ما يحملها على الدخول ، وخرج اللَّخْمِيّ على رواية زياد عدم الإرث في الخلع ، وفصل المغيرة في مسألة الحالف فقال : إذا حلف ليقضين فلانا حقه ، فمرض الحالف ثم حنث في مرضه ومات إن كان بين الملأ فلم يقضه فامرأته ترثه ، وإن كان عديماً فطرأ له مال لم يعلم به حتى مات فقد حنث ولا ترثه .

سحنون : ولا أعرف هذا ولا أراه وقد قال أصحابنا : إنها ترثه بكل حال .

قوله : (**وكَوْنِهَا حِينَئِذٍ**.. إلى آخره) أي: لو تزوج كتابية أو أمة وطلقها طلاقاً بائناً وهو مريض ثم أسلمت النصرانية وعتقت الأمة ثم مات من مرضه ذلك ، ففي ذلك أيضاً قولان ، وروى أصبغ عن ابن القاسم في « العتبية »[٢] : أنهما ترثانه وبه قال محمد ، وقال سحنون : لا ترثانه ولا يتهم في ذلك ، قال : وكذلك لو طلقها البتة إلا أن يطلقها واحدة ويموت في العدة بعد أن أسلمت هذه وعتقت هذه فترثانه ، وعلل أصبغ ما رواه عن ابن القاسم بأنه يتهم أن يمنعها الميراث لمّا خشى أن تسلم امرأته أو تعتق .

والقولان في هذا الفرع يشبهان القولين في تزويج المريض أمة أو نصرانية ، وفي كلام المصنف لف ونشر ؛ لأن قوله : (**كَمَا لَوْ أَحْنَثَتْهُ**) ، راجع إلى قوله : (**وفِي اشْتِرَاطِ كَوْنِ الطَّلَاقِ مِنْ سَبَبِه**) ، وقوله : (**أَوْ أَسْلَمَتْ أَوْ عُتِقَتْ**) ، راجع إلى قوله : (**وكَوْنِـهَا حِينَئِذٍ مِنْ أَهْلِ الْمِيرَاثِ**) .

ثُمَّ لا يَنْقَطِعُ مِيرَاثُهَا بِأَنْ تَتَزَوَّجَ بَلْ ولَوْ تَزَوَّجَتْ جَمَاعَةً وطُلِّقَتْ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ وَرِثَتْ مَنْ مَاتَ ولَوِ الْجَمِيعَ وإِنْ كَانَتْ مُتَزَوِّجَةً ....

هكذا في « المدونة »[٣] ، وأخذ اللَّخْمِيّ منه أنها ترث في المرض الطويل لأنها تحتاج

---

(١) « المنتقى » (٥/٣٤٧) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٤/٢٦١) .

(٣) « المدونة » (٦/٦٠) .

للعدة من كل شخص ، وهو قـول عبد الوهاب[١] ، وخالف ابن الماجـشون في الأمراض المتطاولة كالسل والربع والطحال والبـواسير ورأى أنها تجري بعد تطاولها مـجرى الصحة ، وإن كان الموت قبل المطاولة ورثته زوجته وكان فعله في ثلثه ، اللَّخْمِيّ : وهو أحسن .

ورد عياض ما أخذه اللَّخْمِيّ من « المـدونة » بأنه قد يتفق هذا في المدة القريبة بأن يكون جميعهم لم يدخل بها ، واتفق مـرض كل منهم إثر نكاحه ، أو تفترق حالاتهم بأن يكون الأول طلقها حاملاً فولدت للغد ثم تزوجها آخر فمرض بعد العقد في القرب .

قوله : (**وَإِنْ كَانَتْ مُتَزَوِّجَةً**) يعني أنها ترث من طلقها في المرض ولو كانت تحت زوج آخر .

وَيَنْقَطِعُ مِيرَاثُهَا بِصِحَّةٍ بَيِّنَةٍ فَيَقْدِرُ كَأَنَّهُ طَلَّقَ صَحِيحا

لأن المقتضى للإرث مـرضه المخوف فإذا وجدت الصـحة ارتفع الميراث لارتفاع سـببه ، وهذا كما لو أعتق المديان فإن للغرماء رد العتق إلى أن يحـصل له مال قدر دينه فينفذ عتقه ويقدر كأنه أوقعه مليا .

فَلَوْ صَحَّ ثُمَّ مَرِضَ فَطَلَّقَهَا ثَانِياً فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ عِدَّةِ الأُولَى وَرِثَتْهُ ، وإِلا لَمْ تَرِثْهُ .

يـعنـي : إذا طلقها في المرض طلاقاً رجعياً ثم صح من مـرضه فلم يرتجعها حتى مرض وهي في العدة فطلقـها طلقة ثانية ، فالحـكم إن مات قبل انقضاء العـدة من الطلقة الأولى ورثته ؛ لأن الطَّلَاق في الصحة لا يمنع الميـراث إن مات المطلق في العدة ؛ فأحرى الطَّلَاق في المرض .

وإن مات بعد انقـضاء العدة لم ترثه ؛ لأن ميـراثها قد انقطع بسبب الصحـة الكائنة بعد الطَّلَاق ولا عبرة بالطلقة الثانية ؛ لأنها لا تستـأنف العدة من يومها وإنما تحتسب من الطلقة الأولى - إن كان قول المصنف : (**قَبْلَ عِدَّةِ الأُولَى**) قد يوهم أن ثم عدة أخرى - أما لو راجعها انفسخت العدة ثم إن طلقها بعد ذلك في المرض فلها حكم المطلقة في المرض .

وَلَوْ صَحَّ فَأَبَانَها لَمْ تَرِثْهُ

يعني : ولو طلقها في المرض ثم صح فأبانها لا ترثه ، وسواء كان ارتجعها أم لا ، وهو ظاهر وهو مما يبين أن مراده في الفرع الذي قبل هذا أن الطلقتين كانتا رجعيتين .

---

(١) « الاستذكار » (٧٩/٦) .

وَلَوْ أَبَانَهَا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا قَبْلَ صِحَّتِهِ ، فَالْمَنْصُوصُ كَمَنْ تَزَوَّجَ فِي مَرَضِهِ يُفْسَخُ ، وقِيلَ : إِلا أَنْ يَدْخُلَ بِهَا فَيَصِحُّ مُطْلَقاً ....

(**فَالْمَنْصُوصُ**) مذهب « المدونة »[1] ففيها : وإن طلق مريض زوجته قبل البناء ثم تزوجها قبل صحته فلا نكاح لها إلا أن يدخل بها فيكون كمن نكح في المرض وبنى فيه .

وقوله : (**كمن نكح في المرض**) يدل على أنه يفسخ بعد البناء ، والقول بفسخه قبل البناء لسحنون ، ورأى أن فساد هذا النكاح إنما هو لصداقه فكان كالمتزوج بغرر ونحوه ، وما كان كذلك يثبت بعد البناء على المشهور ، ووجه سحنون الغرر هنا بأن صداق المنكوحة في المرض إنما هو في الثلث ، ولا يدري ما حمل الثلث ، قال : وليس هو كنكاح المريض لأن الموجب للفساد في نكاح المريض زيادة الوارث ، وهذه المطلقة قد يثبت لها الميراث .

ورده بعض القرويين بالتفرقة بين هذا والنكاح بالغرر ؛ فإن الغرر إذا بنى فيه وجب صداق المثل لا ينقص منه ، وهذا من الثلث ولا يدري ما حمل الثلث منه .

ابن يونس : إلا أن يكون له مال مأمون يكون ثلثه أضعاف صداقها فيصح قول سحنون.

أبو عمران : ولو حمل أجنبي على الزوج فلا يفسخ النكاح؛ لأن الصداق قد ثبت للمرأة في مال الأجنبي والميراث ثبت بالنكاح الأول ولو كان ذلك على وجه الحمالة ، فهي كمسألة « الكتاب»؛ لأن الأجنبي إنما يطالب بالصداق في عدم الزوج وهو إنما يقوي على قول سحنون ، وأما على مذهب « المدونة » ، ففيه نظر؛ لأن ظاهر «المدونة» أن فساده لعقد وقد تبين لك أن قوله : (**وقِيلَ**) هو قول سحنون وهو مقابل المنصوص ، وسحنون وإن كان إنما قاله على وجه التقييد ، لكن كلام ابن يونس وعياض وغيرهما يدل على أنه ليس بتقييد.

فرع :

قال الباجي[2] : لو مات فشهد الشهود أنه كان طلقها البتة في صحته فقد جعله ابن القاسم كالمطلق في المرض ؛ لأن الطَّلاق إنما يقع بعد الحكم ولو لم يقع بعد الحكم لكان فيه الحد إذا أقر بالوطء وأنكر الطَّلاق ، وهذا الذي علل به الباجي في « المدونة » نحوه ،

(١) « تهذيب المدونة » (١/٤٠٣) .
(٢) « المنتقى » (٥/٣٤٦) .

لأن فيها في من طَلَّق امرأته في السفر وأشهد على ذلك ، ثم قدم الشهود فشهدوا عليه ثم أنكر أن يكون أَشْهدهم وأقرَّ بالوطء : أنه يُفرَّق بينهما ولا شيء عليه .

واستشكل الشيوخ سقوط الحد ، واختلفوا في الجواب عن ذلك ، فقال الأبهري : ولم ير عليه الحد لأنهما على حكم الزوجية حتى يحكم الحاكم بالفراق .

ابن المواز : لأنها تعتد من يوم يحكم بالفراق .

وقال المازري : لم يُرَ عليه الحد لأنه كالمقر بالزنا الراجع عنه ، وقيل: لم ير عليه الحد لأنه جُوِّز عليه أن يكون نسى ولم يرتض سحنون شيئاً من هذه الوجوه وأوجب الحد إذا شهد عليه أربعة بالطلاق ثم أقر بالوطء .

عياض : وظاهر «الكتاب»: أنها تعتد من يوم الحكم،وهو دليل قوله : (**لا حد عليه**).

ويشهد لما في « المدونة » الأمة يعتقها في السفر ، وتشهد بينة بذلك ثم يقدم فيطأها ويستغلها : فقد اتفق على أنه لا حد عليه واختلف في رد العلة .

المحَلُّ : شَرْطُهُ: مَلْكيَّةُ الزَّوْجِ قَبْلَهُ تَحْقيقا أَوْ تَعْليقا ، فَلَوْ قَالَ لأَجْنَبيَّة أَوْ بَائِن : إنْ دَخَلْت الدَّارَ فَأَنْت طَالقٌ ، فَنَكَحَهَا فَدَخَلَت الدَّارَ فَلا شَيْءَ عَلَيْه إلا أَنْ يَنْوىَ : إنْ نَكَحْتُك ، فَلَوْ قَالَ : إنْ نَكَحْتُك فَأَنْت طَالقٌ ؛ فَالمَشْهُورُ اعْتبَارُهُ ، وتُطَلَّقُ عَقيبَهُ ، ويَثْبُتُ نصْفُ الصَّدَاق ، فَإِنْ دَخَلَ فَالمُسَمَّى كَمَنْ وَطئَ بَعْدَ الحنْث ولَمْ يَعْلَمْ ، وقيلَ : صَدَاقٌ ونصْفٌ، ورَوَى ابْنُ وَهْب والمَخْزُوميُّ : لا شَيْءَ عَلَيْه ، وأَفْتَى به ابْنُ الْقَاسم صَاحبَ الشُّرْطَة ، وكَانَ أَبُو الْمخْزُوميِّ حَلَفَ به عَلَى أُمِّه ....

هذا هو الركن الثاني ، والمراد بـ (**المحَلُّ**) هو الزوجة ، والضمير في (**شَرْطُهُ**) عائد على المحل ويحتمل على بُعْد أن يعود على الطَّلاق المفهوم من الكلام ، والضمير في (**قَبْلَهُ**) عائد على الطَّلاق .

والتحقيق: أن يكون مالكاً للعصمة قبل إنشاء الطلاق ، والتعليق: أن يطلق امرأته على تقدير نكاحه لها ،فلأجل هذا الشرط لو قال لأجنبية : إن دَخَلْتِ الدارَ فَأنتِ طالقٌ ، فلا شيء عليه لعدم ملك عصمتها تحقيقاً أو تعليقاً ، إلا أن ينوي: إن تزوجتك ، فيلزمه لأنه قد ملك عصمتها تعليقاً .

وفي قوله : (**إِلا أَنْ يَنْوِيَ**) دليل على أن الشرط يصح أن يُلتزم قصداً دون لفظ .

وقوله : (**فَلَوْ قَالَ : إِنْ نَكَحْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ؛ فَالْمَشْهُورُ اعْتِبَارُهُ**) هو مستفاد مما قبله ، وإنما أعاده لإفادة الشاذ وليفرع على المشهور ؛ يعني: أن المشهور لزوم الطَّلاق المعلق .

وروى ابن وهب والمخزومي عن مالك : أنه لا يلزمه ، وبه قال ابن وهب ومحمد بن عبد الحكم .

ابن بشير : ولم أر أحدا من أشياخي إلا ويختار هذا القول ، وبعضهم يصرح بالفتوى ، وبعضهم يقف كراهة مخالفة المشهور والمشهور يحكي في « الموطأ »[١] عن عمر وابنه عبدالله وابن مسعود وسالم والقاسم وابن شهاب ، والشاذ قول الشافعي وجماعة .

قال في « الاستذكار »[٢]: وروى على نحو هذا القول أحاديث ، إلا أنها عند أهل الحديث معلولة ومنهم من يصحح بعضها ، قال : وأحسنها ما خرج قاسم قال رسول الله ﷺ : « **لا طلاق إلا من بعد نكاح أنثى** »[٣] وروى أبو داود أنه عليه الصلاة والسلام قال : « **لا طلاق إلا فيما تملك ولا بيع إلا فيما تملك ولا وفاء بنذر فيما لا تملك** »[٤] البخاري: وهو أصح شيء في الطَّلاق قبل النكاح .

وأجيب عنهما: بأنا نقول بموجبهما ؛لأن الذي دل عليه الحديثان إنما هو انتفاء وقوع الطّلاق قبل النكاح ، ونحن نقول به .

ومحل النزاع إنما هو التزام الطَّلاق ثم فرع المصنف على المشهور بقوله : (**وتُطلَّقُ عَقِيبَهُ**) أي ولا يفتقر إلى حكم .

(**ويَثْبُتُ نِصْفُ الصَّدَاقِ**) لأنه طلاق قبل البناء والمذهب أنه يباح له زواجها ، وبعض الفقهاء يمنعه ، لأن ما لا يترتب عليه مقصده لا يشرع ، وجوابه أن فائدته تحصل فيما بعد ذلك لأنها إذا طلقت عليه الآن ثم تزوجها لم يلزمه شيء ، إلا أن يكون لفظه مقتضيا

---

(١) « الموطأ » (٢/ ٥٨٤) .

(٢) « الاستذكار » (٦/ ١٨٨) .

(٣) أخرجه الدارقطني (٤/ ٣٥) من حديث أبي ثعلبة الخشني .

(٤) أخرجه أبو داود (٢١٩٠) والطيالسي (٢٢٦٥) والبيهقي في « الكبرى » (١٤٦٤٨) من حديث عبد الله بن عمرو ، رضي الله عنهما - وحسنه الألباني - رحمه الله - .

للتكرار ، وإن بنى فـالمشهور أنه يلزمـه المسمى فقط ، إن كـان هناك مسمى وإلا فـصداق المثل.

وقـوله : (**كَـمَنْ وَطِئَ بَعْـدَ الْحِنْثِ ولَمْ يَعْلَمْ**) أي: فليس عليه إلا صـداق واحد ، وقيل: صداق ونصف .

ابن عـبد السـلام : هو قول ابن نافع ، وظاهره: أنه أوجب لها صداقـاً كاملاً من نسبة النصف والقياس أنه يجب لـها نصف المسمى ثم يلزمه الأكثـر من صداق المثل أو المسمى؛ لأنه إذا كان صداق المثل أكثر فقد قدم على وطء فاسد فيجب عليه قيمته ، وإن كان المسمى أكثر فيلزمه لأنه أقدم على الوطء راضـياً بالمسمى ، وألزم ابن المواز هذا القائل أن يقول في كل وطأة مهراً .

فرع :

لو أتى في لفظه بما يقـتضي التـكرار ، فقـال قبل النكاح : كلمـا تزوجت فلانة فـهي طالق، فظاهر كلام ابن المواز: أنه يلزمه نصف الصداق ولو بعد ثلاث تطليقات .

وقال التونسي وعبـد الحميد وغيرهما : الصواب أن لا شيء عليـه بعد الثلاث: قوله : (**وأَفْتَى بِهِ ابْنُ الْقَاسِمِ صَاحِبَ الشُّرْطَةِ**) ، أي: بالشاذ ، ونص ما نقله أبو محمد في هذه الرواية وروى أبو زيد عن ابن القاسم في رجل تزوج امرأة حلف بطلاقها إن تزوجها ، هل يفسخ نكـاحه ؟ فكتب إليه : لا يفـسخ ، وقد أجـازه ابن المسيب ، ولا يؤخـذ من كلام المصنف أن فتوى ابن القـاسم إنما هي بعد الفسخ؛ لاحتمال أن يحمـل كلامه على أنه أفتى بالجواز ابتـداءً ، وليس ما رواه ابن وهب كمـا أفتى به ابن القاسـم ويتبين لك ذلك بكلام الباجي فإنه قال : وقد روى ابن وهب عن مـالك أنه أفتى رجلاً حلف إن تزوج فلانة فهي طالق أنه لا شيء عليه إن تزوجـها ،ثم قال : وليـست هذه الرواية بالمشهورة ، والمشـهور رواية أبي زيد عن ابن القاسم أنه لا يفسخ إن وقع .

وقد صرح غيره أيضاً بأن قول ابن القاسم مخالف لرواية ابن وهب وأن في المسألة ثلاثة أقوال .

وفي « البـيـان »[1] : المشهـور أنه يفسخ وإن دخل ولا يراعي الاخـتلاف في هذه ،

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/٢٦٢) .

ومراعاته شـذوذ في المذهب وإنما الاختلاف المشهور المراعـى في الميراث والطَّلاق والعدة ، فقيل : إنهما لا يتوارثان إن مات أحدهما قبل أن يعثر عليه ، وإن كان هو الميت لم تلزمها عدة إلا أن يدخل فتعتد بثلاث حـيض وهو قول مالك في «الموازية» واختيار ابن القاسم في سماع عـيسى ودليل « المدونة » على هذا لا يكون الفسخ طلاقاً ولا يلزمـه ما طلق قبل أن يعثر عليه .

وقـيل : إنهما يتوارثان إن مات أحدهما قبل الفسخ ويلزمه ما طلق قبل أن يعثر عليه ، وإن مات هو اعـتدت أربعة أشـهر وعـشراً ، ويكون الفسخ فـيه طلاقاً ويـكون لها نصف الصداق إن فـرق بينهمـا قبل الدخـول ، وإنما يراعي الاختـلاف في وجوب الحـد ولحوق النسب فيدرأ فيه الحد ويلحق فيه النسب على المشهور من المذهب .

وشذَّ ابن حبيب فلم يراع الاختلاف في ذلك وأوجب الحد وأسقط النسب إذا كان الذي فعل ذلك عالماً غير جاهل ، ونص ابن بشير على أن المشهور فسخ هذا النكاح .

وزعم ابن عبد السلام : أن ما تقدم من كلام الباجي مخالف لكلام ابن رشد .

خـليـل : وقد يقال :لا مخالفة بين كلاميـهما لأن الباجي إنما شهر الرواية بعدم الفسخ بالنسـبة إلى الرواية بالجـواز ابتداءً وهو بين من كـلام الباجي ، وإنما تقـع المخالفة لـو قال الباجي المشهـور من المذهب أنه لا يفسخ ، فانظره فإن قلت قد حكى ابن عـبد السلام عن الباجي أنه قال : المشـهور من المذهب أنه لا يفسخ ، قيل : ليـست حكايته بظاهرة ولفظه كما تقدم .

وَعَلَى الْمَشْهُورِ - لَوْ قَالَ : كُلُّ امْرَأَة أَتَزَوَّجُهَا طَالِقٌ فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ لِلْحَرَجِ

أي : إذا فرعنا على المشهور من لزوم الطَّلاق لمن قال لامـرأة معينة : إن تزوجتك فأنت طالق ، فلو عمم في يمينه وقال : كل امرأة أتزوجها طالق ، فلا شيء عليه .

والفـرق: أن هنا إلزامه اليمين حرجـاً وربما أدى ذلك إلى العَنَت ولم يلزموه اليمين وإن كان أبقى لنفسه التسري إما لأن التسـري لا يقدر عليه كل واحد ، وإما لأن الزوجة أضبط لمال الرجل وولده من السرية .

ابن بشير : وقد أخذ اللزوم في مسألة العموم من القائل : كل بكر أتزوجها طالق ، ثم قال : وكل ثيّب أتزوجها طالق ، وليس بظاهر لأنه ليس من عمم أولاً كمن آلت يمينه إلى التعميم ، ونقل ابن بزيزة قولاً باللزوم إذا عمم ومقتضاه أنه منصوص .

ولَوْ أَبْقَى لِنَفْسه شيْـئا كَثيرا فَذَكَرَ جِنْسا أَوْ بَلَدا أَوْ زمَانا يَبْلُـغُهُ عُمرُهُ ظَاهِراً لَزِمَهُ إلا فِي مَنْ تَحْتَهُ إلا إذا طَلَّقَهَا ثُمَّ تَزَوْجَها ....

يعـني : فإن لم يعمم بل أبقى لنفسه شيئاً كـثيراً كما لو التزم طلاق جنس كالسودان أو الترك أو البـيض أو طلاق من تزوجها من بلد كالإسكندرية مـثلاً ، لو التزم ذلك باعـتبار زمان مقيد كسنتين وهو مراده بقوله : (**يَبْلُغُهُ عُمرُهُ ظَاهِراً**) أي: يبلغ ذلك الزمان في ظاهر الحال ، واحترز بذلك مما لو قال : إلى مائتي سنة ، أو ما يعلم أنه لا يعيش إليه ؛ لأنه لا يلزمه شيء صـرح بذلك في « المدونة »[1] ، وروى ابن حبيب عن ابـن الماجشون في من قال: كل امرأة أتزوجـها إلى عشر سنين أو عـشرين سنة: إن كان ممن يشبـه أن يعيش إلى مثل ذلك لزمه ، وإلا لم يلزمه .

ابن الماجـشـون : ويعمر في هذا تسعين عامـاً ، ونقل ابن بشير في من ضرب أجلاً لا يبلغه إلا في حال الهرم والشيخوخة قولين :

أحدهما : لا يلزمه لوجود الحرج .

والثاني : أنه يلزمه ؛ لأنه أبقى لنفسه زماناً .

ووقع لمالك في غلام عمره عشرون سنة حلف في سنة ستين ومائة أن كل امرأة يتزوجها إلى سنة مائتين طالق أن اليمين لازمة له .

اللَّخْمِيّ : والقياس في هذا لا شيء عليه ؛ لأنه قد عمم المعترك من العمر وأوان الشبيبة والوقت الذي يحتاج فيه إلى الاستـمتاع ولم يبق إلا موت أو قلة حركة ، ورأى اللزوم إذا قال: إلى ثلاثين سنة أو عـشرين وهو ابن عشـرين؛ لأنه أبقى لنفســه زمناً يحتاج فـيه إلى ذلك، وعدم اللزوم إذا قال: إلى أربعين سنة ، قال : واختلف إذا كان الأجل حياة فلان ، فقـيل يلزمه ، لإمكان أن يموت فـلان قبله ، وقـال في « كتـاب ابن شعـبان » : لا شيء عليه، يريد لإمكان أن يموت هو قبل فلان فيكون كمن عمم جميع الأزمنة .

ابن عبـد السلام : وكلام اللَّخْمِيّ صحيح لو كان المعتبر عند أهل المذهب إنما هو الجماع ولم يعتبروه ؛ ألا ترى أنه لم يلزمه الطَّلاق في كل امرأة وإن كان أبقى لنفسه التسري.

واعلم أنه إذا علَّق المنع ببلد كـالإسكندرية ، فتارة يقـول : لا أتزوج من الإسكندرية ؛

---

(١) « المدونة » (١٩/٥) .

وتارة يقول : لا أتزوج بالإسكندرية ، فأما الأول فيلزمه سواء كانت بإسكندرية أم بغيرها نص عليه في « المدونة » محمد في «المصرية ».

محمد : ولو حلف لا يتزوج مصرية فلا بأس أن يتزوج بمصر غير مصرية .

اللخمي : يريد ما لم يطل مقامها وتصير على طباعهم وسيرتهم .

الباجي [١]: وإن حلف أن لا يتزوج من أهل مصر فتزوج امرأة أبوها مصري وأمها شامية فقال ابن أبي حازم : يحنث ، والأم تبع للأب .

وأما الثاني: فقال الباجي[٢] : إن نواها وعلمها لزمه ذلك ، وإن نواها خاصة فقال ابن حبيب عن ابن كنانة وابن الماجشون وأصبغ : يلزمه في من على مسافة الجمعة ، قالوا: وإن لم ينو شيئاً لزمه في من على مسافة القصر ثمانية وأربعين ميلاً .

وقال ابن القاسم : استحسن أن يتباعد إلى حيث لا تلزمه الجمعة .

أصبغ : والقياس أن يتباعد إلى حيث يقصر الصلاة إذا خرج في ظعنه ولا يتم فيه الصلاة إذا قدم .

والأول استحسان ولو تزوج في الموضع الذي إذا برز إليه لم يقصر حتى يجاوزه لم أفسخه ، وروى ابن سحنون عن أبيه في الحالف ألا يتزوج من قرطبة: لا يلزمه إلا في قرطبة وأرباطها ، ولو قال : بالغير وإن لم يلزمه إلا في المدينة نفسها ولو تزوج من منزل العلويين لم يلزمه شيء .

وجه الأول : أن من حلف ألا يتزوج من الإسكندرية فقد حلف ألا يتزوج امرأة بموضع يقع عليه هذا الاسم وفي حكم ما يقع عليه ، فإذا لم ينو شيئاً لزمه في كل من تلزمه الجمعة ، لأنه في حكمها .

وقد قال أصبغ : أن ذلك على وجه التحري ، ومن تزوج من موضع تقصر فيه الصلاة لم أفسخه ، ووجه قول سحنون : إن الاسم إنما يتناول المصر وأرباطه المتصلة إليه .

ومن حلف بطلاق من يتزوجها من المدينة ، فقال ابن القاسم في « العتبية »[٣] : لا بأس أن يواعدها بالمدينة ويعقد نكاحها بغيرها ، انتهى بمعناه .

---

(١) « المنتقى » (٥/ ٣٥٠) .

(٢) « المنتقى » (٥/ ٣٥٠) .

(٣) « البيان والتحصيل » (٦/ ١٧٧) .

وقوله : (**إِلا فِي مَنْ تَحْتَهُ**) استثناء من اللزوم ، أي: فإنه يلزمه الطَّلاق في كل امرأة من البلد أو الجنس الذي قد التزم فـيه الطَّلاق إلا المرأة التي تحته فإنه لا يلزمـه طلاقها لأن قوله: (**أتزوجها**) يقتضي الاستقبال وقوله : (**إلا إذا تزوجها**) أي: أن هذه التي تحته إذا قلنا : إنه لا يلزمه فيها طلاق فإنما ذلك مادامت تحته ، فأما إذا أبانها ثم تزوجها فإنها تطلق عليه كما لو تزوج من ذلك الجنس ممن لم يتقدم له عليها نكاح .

فَلَوْ أَبْقَى قَلِيلاً فَقَوْلانِ

يعني : فلو لم يعمّ النساء وأبقى جنساً (**قليلاً**) أو بلدة صغيرة أو قبيلة صغيرة .

(**فَقَوْلانِ**) : **أحدُهما** : اللزوم لكونه لم يعمّ ، **والثاني** – وهو مذهب « المدونة » – : نفى اللزوم ، ففيها : وإن قال : إلا من قرية كذا – لقرية صغيرة ليس فيها ما يتزوج ، أو قـال : إلا من فلانـة ، وهي ذات زوج أم لا ، أو قال : إن لم أتزوج فـلانة فكل امـرأة أتزوجها طالق ، فلا شيء عليه في ذلك وسبب الخلاف الشهادة بوجود الحرج ونفيه .

وأنكر ابن عبدوس تسـويته في « المدونة » بين المسألتين ، ورأى أن الأولى ـ أي : كل امرأة أتزوجها إلا فلانة ـ فيها الحرج والتضـييق ؛ لأنه لا يقدر أن يتزوج غير فلانة لا قبلها ولا بعدها بخلاف الثـانية أي: إن لم أتزوج فلانة فكل امرأة أتزوجها طالق ، فـإنه لا كبير حرج فيها لأنه قادر على أن يتزوجها أولاً ثم يتزوج بعدها ما أحب ، فصار كمن صرح في يمينه بطلاق من يتـزوج قبل فـلانة أو قـبل دخول الدار ، ولا شك في لزوم ذلك ، وقـد يقال: لمّا علق طلاق هذه على عدم زواجها وقد لا ترضى صار كمن عمم .

فرع :

أشهب في « العتبية »[1] : إن قال : كل امرأة أتزوجها تفويضاً فهي طالق ، لزمه ، ولو قال : كل امرأة أتزوجها إلا تفويضاً لم يلزمه؛ لأن التفويض غير مقدور ولا مرجوّ .

وَعَلَى اللُّزُومِ فَفِي إِبْقَاءِ وَاحِدَةٍ قَوْلانِ

أي : إذا فرَّعنا على المشهور من عـدم اللزوم إذا بقى قليلاً فمن باب الأولى لا يلزمه إذا أبقى واحـدة ، وإذا فرعنا على اللزوم فـهل يلزمه في الواحـدة ؟ قولان ، وزاد ابن بشـير وابن شاس قولاً ثالثاً ، وهو نفي اللزوم مادامت متزوجة ولزمه أو إذا تزوجت ، ولزومه إن لم تكن متزوجة .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٦/ ٢٣١) .

ولَوْ خَشِيَ الْعَنَتَ فِي التَّأْجِيلِ ، وتَعَذَّرَ التَّسَرِّي نَكَحَ ولا شَيْءَ عَلَيْهِ

يعني : إذا ضرب أجلاً يبلغه ظاهراً وألزمناه اليمين فخشى العنت ، وتعذر عليه التسري يريد أو لم يعفّه تزّوج ولا شيء عليه ، وهكذا في « المدونة »[1] .

ابن القاسم : لأن نكاحه خير من الزنا ، قال : وقد أجاز هذا النكاح سعيد بن المسيب وغيره .

ابن القاسم في « الموازية » : ولا حدّ لمقدار ما يعذر فيه ولا شك أن عشرين سنة كثير ويتزوج أصبغ بعد تصبر وتعفف ، وقال أَشْهَب وابن وهب : لا يتزوج وإن خاف العنت في الثلاثين سنة وقال مالك : يتزوج فيها إن خاف العنت .

والعجب من ابن عبد السلام كيف حكى عن أَشْهَب وابن وهب ما ذكرناه وقال : ولم أر خلافاً في أن خشية العنت عذر .

وانظر هل مرادهم بالعنت المشقة أو الزنا ؟ وهو الظاهر كما قالوا في نكاح الأمة ، وقول ابن القاسم : نكاحه خير من الزنا يدل عليه .

وَلَوْ تَكَرَّرَ التَّزْوِيجُ فِي وَاحِدَة تَكَرَّرَ الطَّلَاق وإلا لَمْ يَكُنْ حَرَجاً فِي كُلِّ امْرَأَةٍ

يعني : حيث ألزمناه اليمين إمَّا بأن خصص قبيلة أو بلداً أو نوعاً فإنه إذا تزوج امرأة مما التزمه لزمه الطَّلَاق ، وكذلك ولو بعد زوج ، وهكذا بخلاف ما لو قال : إن تزوجت فلانة فهي طالق، ولم يأت في لفظه بأداة تقتضي التكرار ، فإنه لا يلزمه إلا الطَّلَاق أول مرة، وقرر المصنف التكرار فإنه لو لم يتكرر لم يكن حرجاً في قوله : (**كُلُّ امْرَأَة أَتزَوَّجُهَا طَالِقٌ**) لأنه حينئذ يمكنه أن يعقد النكاح على امرأة فتطلق عليه بمقتضى يمينه ثم يكون له أن يتزوجها وكانت اليمين تلزمه ، وقد تقدم أنه لا يلزمه .

وَلَوْ قَالَ : كُلُّ بِكْرٍ أَتَزَوَّجُهَا طَالِقٌ ، ثُمَّ قَالَ : كُلُّ ثَيِّبٍ أَتَزَوَّجُهَا طَالِقٌ ، فَثَالِثُهَا : يَلْزَمُهُ الأَوَّلُ دُونَ الثَّانِي ...

من نظر إلى لزوم التعميم قال : بعدم اللزوم ، وهذا القول حكاه جماعة واختاره اللَّخْمِيّ ، ومن نظر إلى الخصوص قال : باللزوم وهو مروي عن مالك وابن وهب .

---

(١) « المدونة » (٥/ ٢٠) .

والثالث لابن الـقاسم ومطرِّف وابن الماجشـون وابن كنانة وأصبغ وسـحنون وابن المواز وغيرهم .

ابن بشير وابن راشد : وهو الجاري على المشهور .

ابن عبد البر[١] وغيره : وهو أصح ؛ لدوران الحرج مع الثانية وجوداً وعدماً ، ولا وجه لعدم لزوم اليمين الأول وانحلالها بعد انعقادها .

فرعان :

الأول : قال ابن القاسم في « العتبية » [٢] في الحرِّ يقول: كل حرة أتزوجها فهي طالق: يلزمه وله نكاح الإماء ، وقاله ابن حبيب قال : لأنه أبقى الإماء وهو بيمينه كعادم الطول .

وقال محمد : لا يلزمه إن كان ملياً ، قيل : والأول المشهور .

ابن القـاسم : وإن قال :كل امرأة أتزوجها من أرض الإسلام طالق، إن كان يقدر على التزويج من أرض الشرك وإخـراجها لزمته اليـمين وإلا فلا ، وخالف أصبغ كـمن استثنى قرية صغيرة .

الثـاني : في « الموازية » : لو قال: كل امرأة أتزوجها حـتى أنظر إليها طالق ، فعمى رجوت ألا شيء عليه ، وكذلك حتى ينظر إليها فلان فمات فلان .

محـمد : وإن مات من استثنى نظره فلا يتزوج حـتى يخشى العنت ولا يجد ما يبتاع به أمة .

وقال مطرف وابن الماجـشون وأصبغ في الذي قال : حتى أراها: لـه أن يتزوج من كان رآها قبل العمى ، واليمين عليه قائمة فيمن لم يكن رآها .

وَلَوْ قَالَ : آخِـرُ امْرَأَة أَتَزَوَّجُـهَا طَالِقٌ ، فَـقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : لا شَيْءَ عَلَـيْه ، والْحَقُّ : أَنْ يُوقَفَ عَنِ الأُولَى حَتَّى يَنْكِحَ ثَانِيَـةً فَتَحِلُّ لَهُ الأُولَى ، ثُمَّ يُوقَفُ عَنِ الثَّانِيَـةِ كَذَلِكَ ، وهُوَ فِي الْمَوْقُوفَة كَالْمُولي ....

اللخـمي : وإن قال : أول امرأة أتزوجهـا طالق ،لزمه ؛ لأنه أبقى ما بعد الأولى ثم لا

---

(١) « الكافي » (ص / ٢٦٠) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٦/ ٢٣١) .

يحنث فيها ولا في غيرها ، واختُلِف إذا قال : آخر امرأة أتزوج بها طالق ، فقال ابن المواز: لا شيء عليه ، قال في « العتبية »[1] : وهو مثل من حرَّم جميع النساء ؛لأنه كلما تزوج امرأة فُرق بينه وبينها ، ولعل تلك المرأة آخر امرأة يتزوجها فلا تستقر معه امرأة .

وقال محمد وسحنون : يلزمه ذلك ويوقف عنها خوف أن لا يتزوج غيرها ، فإن تزوج غيرها حلت الأولى ويوقف عن الثانية ، فإن تزوج ثالثة وقف عنها وحلت الثانية .

اللخمي : والصواب لا شيء عليه في الأولى لأنه لما قال : آخر امرأة علمنا أنه جعل لنكاحه أولاً لم يُرِدْه باليمين ، وبالثَّاني قال ابن الماجشون أيضاً .

وجزم المصنف بأنه الحق ؛لأنه لما التزم طلاق الأخيرة ولسنا على يقين إذا تزوج واحدة أنها الأخيرة فصار شكا مقدوراً على تحقيقه ، وما كان كذلك فإنه يوقف مثل : إن لم أدخل الدار فأنت طالق .

ابن راشد : وما قاله ابن القاسم أصوب ؛ لأنا إذا قلْنا باللزوم ولم يصحّ له أن يعقد لأنه ممنوع من الوطء إثر العقد حتى يتزوج أخرى،على ما قاله ابن الماجشون وغيره .

والمقصود بالعقد: الوطء ، إذا امتنع لم يترتب على العقد مقصوده فلا يشرع ، ولما أبحنا له العقد وجب أن يباح له الوطء .

قوله : (**وهوَ فِي الْمَوْقُوفَةِ كَالْمُولى**) هو تفريع على القول الثاني .

محمد : والأجل من يوم الرفع .

ابن الماجشون : مفرعاً على قوله : فإن تزوج امرأة فماتت وقف ميراثه منها حتى يتزوج ثانية فيأخذه أو يموت قبل أن يتزوج فيرد إلى ورثتها ، وإذا طلق عليه بالإيلاء فلا رجعة له؛ لأنه لم يبن بها .

وقوله : (**وهوَ فِي الْمَوْقُوفَةِ كَالْمُولى**) مقتضى اللسان إظهار الفاعل فيقال: وهو في الموقوفة عنها ، لأن الوقف إنما هو من وصف الرجل لا المرأة ألا ترى إلى قوله : (**والْحَقّ: أَنْ يُوقَفَ عَنِ الأُولَى**) وقوله : (**ثُمَّ يُوقَفُ عَنِ الثَّانِيَةِ**) .

خليل : وقد يجاب عنه : بأنه إذا وقف عنها فهي أيضاً موقوفة عنه فليس من باب جريان الصفة على غير من هي له فانظره .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٦/ ٢٣٢) .

وإن قال : آخر ما أتزوج إلا واحدة طالق ، يريد: تطليق التي تلي الأخيرة ، فإن تزوج وقف عنها وعن الأولى إذ لا يدري ما تلي الأخيرة منهـما ، فإن مات فالأولى المطلقة وإن تزوج حلت له الأولى ، ثم إن مات فالثانية المطلقة ثم كذلك .

وَلَوْ قَالَ : إنْ لَمْ أَتَزَوَّجْ مِـنَ الْمَدِينَة فَكُلُّ امْرَأَة أَتَـزَوَّجُهَا مِنْ غَـيْرِهَا طَالِقٌ، فَـتَزَوَّجَ مِنْ غَيْـرِهَا أَوَّلاً تَنَجَّزَ الطَّلَاق عَلَـى الْمَشْهُـورِ، وقيل : بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ بِـمَعْنَى المولى مِنْ غَـيْرِهَا أَوْ تَعْلِيقٍ مُحَقَّقٍ ....

اختلف في قول القائل : إن لم أتزوج من المدينة فكل امـرأة أتزوجها طالق، فحمله في المشهور على أن معناه: التزام طلاق من ليست من المدينة وكأنه قال: كل امرأة أتزوجها من غير المدينة طالق ؛ لأنه الذي فقصد في العرف ، إذ المقصود عرفاً الرغبة في نساء المدينة ، والتزام طلاق غيرها .

وحمله سـحنون على ظاهره لغـة من التعليق ، وهو التـزام طلاق من يتزوج من غـير المدينة بشرط أن لا يتزوج من المدينة .

ســحنون : ويوقف عن التي تزوج من غير المدينة حـتى يتزوج من المدينة ، بمنزلة قول القائل : إن لم أتزوج من المدينة فامرأتي طالق .

وعلى ما قررنا فيكون المشهور إلزام الطَّلاق في غير من تزوج من غير المدينة سواء تزوج من المدينة قبلها أو بعدها ، وكذلك يؤخذ من « الجواهر »[1] .

ابن راشد : وهو الذي يفهم من « المدونة » ؛ لأنه سوى بين ذلك وبين قوله : كل امرأة أتزوجها من غير الفـسطاط طالق ، وكلام اللَّخمِيّ يدل على أنه إنما يلزمه الطَّلاق إذا تزوج من غير المدينة قبل أن يـتزوج منها لأنه قال : وقول ابن القاسم أشبـه ، لأن قصد الحالف في مثل هذا أن كل امرأة يتزوجها قبل أن يتزوج من الفسطاط طالق .

وقالـه ابن محرز أيـضاً ، إلا أنه رده بأن ظاهر «المدونة» تسـويته بين هذه المسـألة وبين قوله: كلُّ امـرأة أتزوجها من غـير الفسطاط طالـق ، كما ذكرنـا وظاهر قول المصنف أولاً يوافق كلام اللَّخْمِيّ لكن قولـه : في البناء بناء على أنه بمعنى المولى من غيرها يرده ، والله أعلم .

---

(١) « الجواهر » (٢/١٧٦) .

والمُعْتَبَرُ في الوِلايَة : حَالُ النُّفُوذ ، فَمَنْ قَالَ لِزَوْجَته : إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثاً ، ثُمَّ أَبَانَها فَدَخَلَتْ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ ...

يعني : الولاية على المحل الذي يلتزم فيه الطَّلاق ، إنما يعتبر وقت وقوع المحلوف عليه لا وقت الحلف ، فإن كانت المرأة زوجته وقت وقوع المحلوف عليه لزمه الطَّلاق .

ابن عبد السلام : وإلا فلا ، فلذلك لو قال لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً، ثم أبانها ودخلت،لم يقع عليه الطَّلاق لأنها حال وقوع المحلوف عليه لم تكن زوجة.

فلَوْ نَكَحَها فَدَخَلَتْ أَوْ أَكَلَتْ بَقِيَّةَ الرَّغِيف المَحْلُوف عَلَيْه ، وقَدْ بَقِيَ شَيْءٌ وَقَعَ - تَزَوَّجَتْ أَو لا - بِخلاف مَا لَوْ نُكِحَتْ بَعْدَ الثَّلاث لأَنَّ المِلْكَ الَّذي علَّقَ فِيه قَدْ ذَهَبَ وكَذَلكَ الظِّهَارُ ...

يعني (**فلَوْ**) تزوجها بعد أن أبانها (**فَدَخَلَتْ**) الدار (**أَوْ أَكَلَتْ بَقيَّةَ الرَّغيف المَحْلُوف عَلَيْه**) إن كانت يمينه أولاً على ترك أكله لزمه ما حلف به وسواء (**تَزَوَّجَتْ**) غيره في الزمان الذي كانت بائنة فيه (**أَوْ لا**) لأن نكاح الأجنبي عندنا لا يهدم الطَّلاق السابق قبله، وإذا راجعها الزوج ترجع عنده على بقية الطَّلاق وقوله : (**بخلاف مَا لَوْ نُكحَتْ بَعْدَ الثَّلاث**) يعني: ثم تزوجها فإنه لم يبق له مما علقه قبل ذلك شيء .

(**لأَنَّ المِلْكَ الَّذي علَّقَ فيه قَدْ ذَهَبَ**) ورجعت بملك مستأنف ، وحاصل كلامه - وهو المذهب - أن اليمين تلزمه ما بقى من العصمة الأولى شيء .

قوله : (**وكَذَلكَ الظِّهَارُ**) أي : إذا قال لها إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي ، فأبانها فدخلت لم يلزمه ظهار ، فإن راجعها فدخلت لزمه إلا أن يكون قد طلقها ثلاثاً فلا تعود عليه اليمين.

وَكَذَلكَ لَوْ قَالَ : كُلُّ امْرَأَة أَتَزَوَّجُها عَلَيْك فَهِيَ طَالقٌ ؛ اخْتَصَّ بِالمِلْك الَّذي علَّقَ فيه عَلَى المَشْهُور ...

يعني: إن قال لامرأته : (**كُلُّ امْرَأَة أَتزَوَّجُهَا عَلَيْك فَهِيَ طَالقٌ**) ثم طلق امرأته ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج ثم تزوج عليها فلا شيء عليه ، نص على ذلك في كتاب الأيمان بالطلاق من « المدونة » ورأى كما قال المصنف أن هذا الالتزام اختص بالملك الذي علق فيه المحلوف بها ، وأنكر ذلك ابن المواز وابن حبيب وغيرهما .

ورأوا أن المذهب ما في كتاب الإيلاء: أن الاختصاص بالملك إنما يكون في المحلوف بطلاقها مثل المسألة التي قبل هذه وأما المحلوف لها أو عليها فإن اليمين منعقدة عليه في الإيلاء : ومن قال : زينب طالق ثلاثاً أو واحدة إن وطئتُ عزة ؛ فطلق زينب واحدة ، فإن انقضت عدتها فله وطء عزة ، ثم إن تزوج زينب بعد زوج أو قبله عاد موليا في عزة ، وإن وطئ عزة بعد ذلك أو وطئها في عدة زينب من طلاق واحد حنث ووقع على زينب ما ذكر من الطَّلاق ولو طلق زينب ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج لم يعد عليه في عزة إيلاء لزوال طلاق ذلك الملك ، ولو طلق عزة ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج وزينب عنده عاد مؤليا في عزة ما بقي من طلاق زينب شيء كمن آلى وظاهر ثم طلق ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج ، فذلك يعود عليه أبداً ، فأنت تراه كيف لم يفرق في عزة المحلوف عليها بين أن يتزوجها بعد الثلاث أم لا .

ابن عبد السلام : والحاصل أن مذهب الجمهور هو الذي ذكر المؤلف أنه الشاذ ، وأن الذي وقع في كتاب الأيمان بالطلاق لم يقل به أحد .

وَفِيهَا : وَلَوْ طَلَّقَهَا ثُمَّ تَزَوَّجَ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ـ طُلِّقَتِ الأَجْنَبِيَّةُ ـ ولا حُجَّةَ لَهُ أَنَّهُ لَمْ يَتَزَوَّجْهَا عَلَيْهَا وَلَوِ ادَّعَى نِيَّةً لأَنَّ قَصْدَهُ أَلا يَجْمَعَ بَيْنَهُمَا ....

هذه المسألة متصلة في « المدونة » بمسألة كتاب الأيمان بالطلاق التي فرع المصنف منها ونصها : وأما إن طلق المحلوف لها وانقضت عدتها ثم تزوجها ، ثم تزوج عليها أجنبية ، أو تزوج الأجنبية ثم تزوجها فإن الأجنبية تطلق عليه في الوجهين ما بقي من طلاق الملك الأول شيء ، ولا حجة له إن قال : إنما تزوجتها على غيرها ولم أنكح غيرها عليها ولا أنويه ؛ ادعى نية ذلك لأن قصده ألا يجمع بينهما .

وخالف أَشْهَب إذا ابتدأ بنكاح الأجنبية ثم راجع مطلقته بعدها وقال : لا شيء عليه لأنه لم ينكح عليها ، وراعى اللفظ ولم يعتبر ما قاله في «المدونة» من قصد الجمع .

وقال مطرف : إن كان شرطاً في أصل العقد « فكالمدونة » وإن كان طوعاً فله نيته هكذا نقل ابن عبد السلام وغيره .

وفي « المتيطية » : إن كان الشرط على الطوع قبلت نيته قاله ابن القاسم ، وإن انعقد ذلك على الشرط في أصل النكاح ، فقال المغيرة : لا تعود اليمين عليه؛ لأنه لم يتزوج عليها وإنما تزوج الثانية عليها .

وروي مطرف وابن الماجشون : أنها تعود لأن نيته ألا يجمع بينهما .

وفي كلامه في « المدونة » نظر ؛ لأن الحالف يقول : نويت ألا أتزوج عليها ، ونحن نقول : بل قصدُك ألا تجمع بينهما ، وكذلك مخالفة له في قصده وليس بظاهر ، وهذا للنظر إنما هو إذا أجرينا «المدونة» على ظاهرها من العموم سواء قامت عليه بينة أو جاء مستفتياً ، وأما على ما قاله بعضهم أن معناها أنه قامت عليه البينة ولو جاء مستفتيا لصدق فلا إشكال .

أبو الحسن : وقيل : إنما لم ينوه لأنه حالف للزوجة والحلف على نية المحلوف .

فرع :

قال في « المدونة »[1] : وإن قال : كل امرأة أتزوجها ما عاشت فلانة طالق ؛ لزمه ، كانت فلانة تحته أم لا ، فإن كانت تحته فطلقها فإن نوى ما عاشت مادامت تحته فله أن يتزوج ، فإن لم تكن له نية فلا يتزوج ما بقيت إلا أن يخشى العنت .

وقوله : (**فإن نوى فله أن يتزوج**) أي: وتقبل نيته في القضاء والفتوى .

وفي : إِنْ دَخَلَتَ فَأَنْتَ حُرٌّ فَبَاعَهُ ثُمَّ مَلَكَهُ بِغَيْرِ إِرْثٍ ، ثَالِثُهَا : إِنْ بَاعَهُ الْحَاكِمُ لِفَلَسٍ لَمْ يَعُدْ...

ليست هذه المسألة من هذا الباب وأتى بها المنصف لأنها تشبه مسألة الطَّلاق السابقة ، يعني :أن من حلف بحرية عبده على دخول الدار ، إما على دخوله هو أو دخول العبد ، فعلى هذا يصح أن تضبط التاء من قوله : (دَخَلْتَ) ، بالفتح والضم ، ثم باع العبد وملكه (بِغَيْرِ إِرْثٍ) يعني: وإن ملكه بإرث لم تعد عليه اليمين بالاتفاق ، وإنما اختلف إذا عاد إليه بأحد وجوه الملك إما بهبة أو شراء أو نحو ذلك ، هل تعود عليه اليمين سواء باعه اختياراً أم لا ؟ وإليه ذهب ابن القاسم ، أو لا تعود عليه مطلقاً ، وإليه ذهب ابن بكير ، أو يفرق .

فإن باعه اختياراً عادت عليه اليمين ، وإن باعه السلطان عليه لم تعد عليه ، وإليه ذهب أَشْهَب .

والسؤال على قول ابن بكير ؛ لأنه سوى بين العتق والطَّلاق ، وأما ابن القاسم فإنما

---

(١) « المدونة » (٥/ ١٩) .

أعاد اليمين للتهمة ،أي :لاحتمـال أن يكون إنما باعه قصداً لحل اليمين بخلاف الزوجة فإن أحداً لا يتهم فيها على ذلك .

ولمراعاة التهمة ، استحسن جماعة قول أَشْهَب لعدم التهمة ببيع الحاكم فكان كالميراث ، واختـار المازري قول ابن بكير ؛ لأنه اتفق عـلى أن السيد لو دخل الدار والعـبد مبـيع قبل اشترائه أنه لا يحنث بذلك الدخول ، ولو اشترى العبد بعد ذلك ، وذلك لأن البيع الواقع اختيـاراً هو الموجب للتهمة عند من اتهمـه ، إما أن يقدر ناقلاً لملك العبـد أولاً ، فإن قدر الأول يلزم منه المطلوب ، والثاني يلزم منه أن يعتق عليـه العبد بالشراء لأنه دخل في حين كان يملك فيه العبد وإنما منع فيه من تنجيـز العتق حق المشترى وقد زال ، واختار ابن المواز قول ابن القاسم ، والله أعلم .

وَلَوْ قَالَ الْعَبْدُ : إِنْ دَخَلْتِ فَأَنْـتِ طَالِقٌ ثَلاثاً ، ثُمَّ عُتِقَ فَدَخَلَتْ طُلِّقَتْ ثَلاثاً ، ولَوْ قَالَ : اثْنَتَيْنِ بَقِيَتْ وَاحِدَةٌ ...

لأن المعتبر في الولاية حال النفوذ لا حـال التعليق ، وهو حال النفوذ مالك للثلاث لأنه حر .

وَلَوْ طَلَّقَ وَاحِدَةً ثُمَّ عُتِقَ بَقِيَتْ وَاحِدَةٌ ؛ لأَنَّهُ طَلَّقَ النِّصْفَ

تصوره ظاهر ، وشبه ذلك في « الموازية » فمن ذهبت له طلقة ونصف طلقة ، قال ابن القاسم : ولو طلق العبد طلقتين ثم ثبت أنه عتق قبل الطَّلاق فله الرجعة .

وَلَوْ عَلَّقَ طَلاقَ زَوْجَته الْمَمْلُوكَة لأَبِيه عَلَى مَوْت أَبِيه لَمْ يَنْفُذْ

يـعـنـي : إذا تزوج أمة أبيه ، وقال لهـا : إن مات أبي فأنت طالق ، لم ينفذ الطَّلاق ؛ لأنه بموت أبيه يملكها فيفسخ النكاح فلا تصير زوجة فيعدم محلّ الطَّلاق .

الْقَصْدُ : ولا أَثَرَ لِسَبْقِ اللِّسَانِ فِي الْفَتْوَى

هذا هو الركن الثالث ، ومعنى (**سَبْقِ اللِّسَانِ**) أنه أراد أن يلفظ بغير الطَّلاق فزل لسانه فتلفظ به .

وقوله : (**فِي الْفَتْوَى**) أي: إذا جاء مستفتيا احترازاً مما لو رفع إلى الحاكم وقامت عليه البينة وأقر ؛ فـإنه يلزمه الطَّلاق وقيد ذلك بعضـهم بأن الشهود إذا فهمـوا من قرينة الحال

صِدْقَه وأنه أراد أن يتكلم بغير الطَّلاق فـزَلَّ لسانُه أنه ينفعـه ذلك ، وهو ظاهر ، ولمراعاة القصـد قال مالك في « الموازية » : ومن اعـتذر في شيء سئل فـيه بأنه حلف بالطلاق أو العتق ولم يحلف لا شيء عليه في الفتوى .

وقال : ومن حكى للناس يمينا بالبتة ، فقـال : امرأتي طالق البتة، وإنما أراد أن يقول : قال فلان ، فإن ذكر في ذلك مستفتياً نسقاً لم يقطعه فلا شيء عليه .

وفي « العتـبية »[1] : في امرأة كتبت إلى أبيها ليزورهـا فأبى ، فقالت لزوجها : اكتب إليه إنك طلقتني لعله يأتي ، فكتب بذلك إليه ، ولم يرد طلاقاً قال : إن صح ذلك وجاء مستفتياً فلا شيء عليه .

قـال في « الموازية » : وإن أقيم عليه بخطه وشهد عليـه لم ينفعه ما يدعى إلا أن تشهد قبل أن يكتب بالـذي أراد فلا شيء عليه ، فـإن لم يكن أشهد وصـدقته الزوجـة فأرى أن يستحلف إن كـان مأموناً قال في « العتـبية »[2] : إن قالت أردت خـديعتـه بذلك وأردت الطَّلاق، وأنكر هو ذلك وقد علم ما ذكر من شأنها لا شيء عليه وإن لم يكن إلا قوله وقد ظهر كتابه وثبت عليه لزمه الطَّلاق ، قيل : كم ؟ قال : ينوي وتكون واحدة .

أبو محـمد : انظر قوله يُنَوّى واعرف لأشهب نظيرها : يحلف أنه لم يُرِدْ طلاقاً وتكون واحدة .

وفي « الموازية » ما يوهم إلغـاء القصد إذ فيـها في من قال لامرأته : قـد كنت طلقتك البتة ، ولعبده: قد كنت أعتقتك ولم يكن فعل ذلك ، قال أبو الزناد : أما في الفتوى فلا شيء عليه ، وقال مـالك : ذلك يلزمه ، كمن قال : أنت طـالق ، أو قال : أنت حر لا يريد طلاقاً ولا عتقاً ، وقاله ربيعة وابن شهاب .

ربيعة : إلا أن يأتي بعذر بيّن له وجه ، فقول أبو الزناد ظاهر ، وقول مالك يوهم عدم اعتـبار القصد ، إلا أن يتـأول على أنه في معنى طلاق الهازل وإعـتاقه وفي اللَّخْـمِيّ قال مالك في من قال أنت طالق فزل لسانه ، فـقال: البتة ، قال : هي ثلاث ، فألزم الطَّلاق باللفظ من غير نية وقال سحنون : لا شيء عليه في ذلك ، وهو أحسن ، انتهى .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٠٣/٥) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٠٣/٥) .

فحمل قول سحنون على الخلاف وسياقه في «التهذيب» يدل على خلاف ذلك ولفظه : وإن قال لـزوجته : أنت طـالق البتـة ، وقال : والله ما أردت بقـولي البتـة ، وإنما أردت واحدة فزل لساني فلفظت بالبتة فهي ثلاث .

سحنون : وهذا الذي قال البتة قد كانت عليه بينة فلذلك لم ينوِّه مالك .

عياض : وقد اختلف ابن نافع وغيره عن مالك في قبول قوله في الفتوى ، ويتخرج من هذه المسألة وأخـواتها القولان اللذان حكاهما الـبغداديون في إلزامه بمجـرد اللفظ دون النية على ما خرجه الشيوخ من الكتاب ، فأما إلزامه الطَّلاق بمجرد اللفظ فمن إلزامه الطَّلاق في مسألة : أنت طالق وقال : أردت من وثاق ولا بينة عليه ولم يعذره وإن جاء مستفتياً .

ومن قـوله : يؤخذ الناس في الطَّلاق بألفـاظهم ولا ينفـعهم نيـاتهم ، ومن الذي أراد واحدة فزل لسانه فقال: البتـة ، ومن خلاف أهل المدينة في الذي قال لامرأته وهو يلاعبها : هو عليك حرام ، ومن مسألة هزل الطَّلاق ، انتهى .

وإنما ذكرنا هذا لتـعلم أن ما ذكره المصنف ليس متـفقاً عليه ، وأن قـول ابن راشد : لا خلاف في المذهب إن قصد إنشاء الصيغة ؛ شرط ليس بظاهر ، والله أعلم .

ولا لِقَصْدِ لَفْظٍ يَظْهَرُ مِنْهُ غَيْرُ الطَّلاقِ كَقَوْلِهِ لمن اسْمُهَا طَارِقُ يَا طَالِقُ

هو معطوف على قوله : (لسَبْق) ، أي : ولا أثر (**لِقَصْدِ لَفْظٍ**) وهو كلام ظاهر .

قال في « الجواهر » [1]: وإذا كان اسم زوجته طارق فقال : يا طالق ، ثم قال : انفلت لساني قُبل ذلك في الفتوى .

وَلا أَثَرَ لِلَّفْظِ يَجْهَلُ مَعْنَاهُ كَأَعْجَمِيٍّ لُقِّنَ أَوْ عَرَبِيٍّ لُقِّنَ

أي (**كَأَعْجَمِيٍّ لُقِّنَ**) الطَّلاق بالعربية (**أَوْ عَرَبِيٍّ لُقِّنَ**) الطَّلاق بالعجمية ، أما لو فهم معناه لزمه بلا إشكال .

وَفِي الْهَزْلِ : فِي الطَّلاقِ ، والنِّكَاحِ ، والْعِتْقِ – ثَالِثُهَا : إِنْ قَامَ عَلَيْهِ دَلِيلٌ لَمْ يَلْزَمْ

يلحق بالثلاث الرجعة ، والمشهور : اللزوم لما في الترمذي من حديث أبي هريرة قال :

---

(١) « الجواهر » (٢/٥١٨) .

قال رسول الله ﷺ : « **ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطّلاق والرجعة** »[1] قال: وهو حسن غريب ، والقول بعدم اللزوم في « السلمانية » لكن إنما ذكره في النكاح ، والقول الثالث في كلام المصنف نقله ابن شاس عن اللخمي .

ابن عبد السلام : والذي يحكيه غير واحد إنما هو قولان ، وما ذكره من القول الثالث هو شرط قيام الدليل على عدم اللزوم يعدّونه من تمام القول الثاني ، لأن الهزل لا يثبت بمجرد الدعوى ، لكن ذكر بعض المتأخرين أنه اختلف إذا قال : تزوجني وليتك ؟ أو تبيعني سلعتك ؟ فقال : قد بعتها من فلان أو زوجتها من فلان على أربعة أقوال :

يلزم ولا يلزم ، والفرق بين أن يدعي ذلك بأمر متقدم أو لا يدعيه إلا بذلك اللفظ والفرق ، فيلزم في النكاح لا البيع .

والقول الثالث : يشبه الثالث من كلام المصنف .

أَمَّا لَوْ قَالَ : يَا عَمْرَةُ ، فَأَجَابَتْهُ حَفْصَةُ ، فَقَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ، يَحْسَبُهَا عَمْرَةَ ، فَأَرْبَعَةٌ

نظيرتها إذا قال : يا ناصح فأجابه مرزوق ، فقال : أنت حر .

والأقوال الأربعة منصوصة في مسألة العتق والكلام في المسألتين واحد ، والقول بعتقهما لأصبغ .

والقول بعدم عتقهما حكاه ابن سحنون ولم يسم قائله ، وقال أَشْهَب: يعتق المجيب في القضاء والفتوى ولا عتق للمدعو؛ لأن الله حرمه العتق ، وقال ابن القاسم : إن قامت عليه بينة عتقا معاً ، وإن لم تقم عليه بينة عتق المدعو ، ولا يفهم هذا القول من كلام المصنف أربعة ولهذا يلقيها الطلبة في المعايات ، فيقولون : ما مذهب ابن القاسم في من له عبد إن دعى أحدهما فأجابه الآخر فمن لا علم عنده بقوله يخطئ ؛ لأنه إن قال : يعتقان أو لا يعتقان أو يعتق المدعو والمجيب كان خطأ .

ولا أَثَرَ لِطَلَاقِ الإِكْرَاهِ كَنِكَاحِهِ وعِتْقِهِ وغَيْرِهِ ، أَوْ الإِقْرَارُ بِهِ أَوِ اليَمِينُ عَلَيْهِ أَوِ الْفِعْلُ الَّذِي يَحْنَثُ فِيهِ بِهِ ...

المذهب ـ وهو مذهب الأكثر كما ذكر المصنف ـ أن نكاح المكره وطلاقه لا يلزم .

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١٩٤)، والترمذي (١١٨٤) ، وابن ماجه (٢٠٣٩) والحاكم (٢٨٠٠) والدارقطني (٣/٢٥٦) وسعيد بن منصور في « سننه »(١٦٠٣) والبيهقي في « الكبرى» (١٤٧٧٠) . وحسنه الألباني – رحمه الله – .

وقوله : (**وغَيْرِه**) أي: غير ما ذكر من بيعه وسائر عقوده ، وقوله : (**أَوْ الإِقْرَارُ بِهِ**) يعني ؛ أنه لا فرق بين أنْ يكره على إيقاع الـطَّلاق أو على الإقرار أو على اليمين أو الحنث في يمين لزمت به ، كل ذلك لا يلزمه .

فروع :

إن أُكره على اليـمين في ما هو معصـية ، أو ليس بطاعة ولا مـعصية لم تلزمـه اليمين باتفاق ، وحكاه في « البـيان »[1]: وإن أكره على يمين فيها طاعة مثل أن يأخذ الوالي من يشرب الخـمر فيحلفـه بالطلاق أن لا يشربها أو لا يفـسق ، أو لا يغش في عمله ، أو لا يتلقى الركبـان ، أو يحلف الوالد ولده على شيء من ذلك ، فقال مطرف وابن حـبيب : تلزمه اليمين ، وقال ابن الماجشون وأصبغ : لا تلزمه .

الثاني : لو أبان بعد أمنه ما طلقه في الإكراه فالذي رجع إليه سحنون: اللزوم لاختلاف الناس في لزوم طلاق الإكراه ، وكان يقول أولاً : لا يلزمه ؛ لأنه لزم نفسه ما لم يلزمه .

الثـالث : قال ابن سحنون : أجمع أصـحابنا على بطلان نكاح المكره ، وكذلك نكاح المكرهة ، ولا يجوز المقام عليه ؛لأنه لم ينعقد ، ولو انعقد لبطل لأنه نكاح فيه خيار .

ابن سحنون : وفي قياس بعض مذهب مالك : أن للمكره إمضاء ذلك النكاح إذا أمن ، وكـذلك لأولياء المرأة المـكرهة ، وفي قيـاس بعض مـذاهبهـم : إنما تجوز إجـازة المكره بحدثان ذلك .

وَفِي حِنْثِه بِمِثْلِ تَقْوِيمِ جُزْءِ الْعَبْدِ فِي الْعِتْقِ: قَوْلانِ

هذا كقوله في « الجواهر » [2]: إذا حلف في نصف عبد لا باعه فأعتق شريكه نصفه ، فأعتق عليه حنث إلا أن ينوي : إلا أن يغلب على بيعـه ، وقال المغيرة : لا حنث عليه ؛ لأنه إنما أراد لا بعته طوعا .

ابن عـبد السـلام : والأول أصل المشهور وهو مذهب « المدونـة » على ما أشار إليه في كتاب التخيير والتمليك .

ومنشـأ الخلاف : هل إكراه القاضي كغيره أم لا ؟ ويمكن أن يبني ذلك على الخلاف في من حلف أن لا يبيع سلعة فبيعت عليه وأتلفت فأخذ قيمتها هل يحنث أم لا ؟

---

(١) « البيان والتحصيل » (٦/ ٢٦٤) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٥١٩) .

وَقِيلَ : إِنَّمَا الإِكْرَاهُ فِي الْقَوْلِ

هذا القول عزاه في « الجواهر» لسحنون ، وقال ابن عبد السلام : وقع لسحنون وعبد الملك أنه مقصور على القول ما لم يخف القتل لأنه لا تأثير له في المعاني والذوات ، بخلاف الفعل فإنه يؤثر .

وقِيلَ : إنْ تَرَكَ التَّوْرِيَةَ مَعَ مَعْرِفَتِهَا حَنِثَ

حاصله في المسألة: ثلاثة أقوال : المشهور ، وقول سحنون ، والقول الثالث : اللزوم إذا أمكنه أن يوري عن ذلك ويأتي بلفظ فيه إيهام على السامع فلم يفعل ذلك وأتى بلفظ صريح فإنه يحنث ، وعدَّه المصنف ثالثاً ، وهو ظاهر كلام ابن شاس[1] لقوله : ولا يقع طلاق المكره ولا يلزمه شيء .

هذا مطلق الروايات ، وقال بعض المتأخرين : الحكم كذلك إلا أن يترك التورية مع العلم بها والاعتراف بأنه لم يدهش بالإكراه ، وكذلك قال ابن بشير : أن المذهب عدم التفصيل ، وفصل في ذلك اللَّخْمِيّ والمذهب خلافه ، انتهى .

والظاهر أن كلام اللَّخْمِي تقييد ؛لأنه قال : إن طلق المكره باللفظ دون النية لم يلزمه ، والصحيح من المذهب فيمن وقع منه طلاق بغير نية: أنه لا يلزمه وإن لم يكن مكرهاً فالمكره أولى ، وإن نوى الطَّلاق وهو عالم ذاكر أن يجعله لفظاً بغير نية لزمه ؛لأن النية لا تدخل تحت الإكراه وهو طائع بالنية وإن لم تكن متصلة عند الإكراه فيجعله نطقاً بغير نية أو كان يجهل إخراج النية لم يلزمه على الظاهر من المذهب .

ويتَحَقَّقُ الإِكْرَاهُ بِالتَّخْوِيفِ الْوَاضِحِ بِمَا يُؤْلِمُ مِنْ قَتْلٍ أَوْ ضَرْبٍ أَوْ صَفْعٍ لِذِي مُرُوءَةٍ مِنْ سُلْطَانٍ أو غَيْرِهِ ....

يعني : أن الإكراه الذي لا تلزم معه الأحكام (**يَتحَقَّقُ**) حصوله (**بِالتَّخْوِيفِ الْوَاضِحِ**).

(**مِنْ قَتْلٍ**) أي: خوف قتل لا حصوله ؛ لأنه لو حصل ذهبت النفس المكرهة ، وإذا كان القتل مخوفاً لا واقعاً فالضرب والصفع المعطوفان عليه في كلام المصنف يكونان كذلك، وهو قريب من كلام اللَّخْمِيّ فإنه نص على أنه إذا هدد بقتل أو بقطع أو بقيد أن ذلك إكراه، قال : واختلف في التهديد بالسجن ، فأراه إكراهاً في ذوي الأقدار وليس إكراهاً في غيرهم إلا أن يسجن أو يهدد بطول المقام فيه .

---

(١) « الجواهر » (٢/٥١٩) .

ابن محـرز : ولا خلاف في المذهب فيما علمتـه أن الإكراه بما يلقي المكره نفسه إكراهاً ويرفع أحكام اليمين .

وفي « الواضحـة »: قال مطرف وابن الماجشون وابن نافع وابن أبـي أويس : من أُكره على أن يحلف بيمين وهدد بضرب أو سـجن وجاء من ذلك وعيد بيِّن تقع فيـه المخافة أو خاف ذلك ، وإن لم يقف عليه مثل ما يفعلون في البيـعة أو أشباهها لا يمين عليه وكأنه لم يحلف، ورواه مالك وأكبر أصحابه .

وقاله ابن عـبد الحكم وأصـبغ ، وهو قول ابن القاسم وأَشْـهَب وكذلك في«كـتاب ابن سحنون» أن التهديد بالضرب أو السجن أو القيد إكراه .

وقـول ابن عبـد السلام أن ظاهر المنصـوص في المذهب أن الإكـراه إنما يكون بحصـول الضرب والصفع لا بتحقق وقوعهما ، ليس بظاهر .

وقوله : **(أَوْ صَفْعٍ لِذِي مُرُوءَةٍ)** مقيد بما ذكره صاحب « الجواهر »[1] وغيره: بأن يكون في الملاء لا في الخلاء.

واحتـرز بذي المروءة من غيـره فإن الصـفع في حقـه ليس إكراهاً ، وهذا كـله إذا كان الإكراه على طلاق أو عتق أو ما أشبه ذلك ، وأما إن أكره على أن يكفر بالله أو يشتم النبي ﷺ أو يقذف مسلماً ، فقال سحنون وغيره: لا يسعه الإقدام على ذلك إلا مع خوف القتل وحده قال : وله أن يصبر حتى يقتل ولا يفعل ذلك ، وهو مأجور وهو أفضل له .

سحنون وغـيره من أصحابنا : أما لو أكره بوعيـد بقتل أو قطع عضو أو بضرب يخاف منه تلف بعض أعـضائه ولا يخاف منه تلف نفـسه ، أو بقيـد أو بسجن على أن يفـعل ما ذكره فإنه لا يسعه ذلك .

ابن عـبد السـلام : ووقع لسحنون: أنه إذا أكـره بما ذكرنا على أكل الميـتة ولحم الخنزير وشرب الخـمر فإنه لا يجـوز له شربه ، والصحـيح جواز شربـه كما يجـوز له شربه على الصحيح أيضاً عند الضرورة والغصص .

وَفِي التَّخْوِيفِ بِقَتْلِ أَجْنَبِيٍّ قَوْلانِ بِخِلافِ قَتْلِ الْوَلَدِ

يعـني : إذا طلب بإحضار أجنبي ليقـتل فأنكر أن يكون عالماً به وأحلف على ذلك ، أو

---

(١) الجواهر » (٢/ ٥٢٠) .

يقال له : احلف وإلا قتلنا زيداً ، فهل يعد ذلك إكراهاً أو لا ؟ والقول بأنه تلزمه اليمين لمالك وابن القاسم ومطرف وابن الماجشون وأصبغ قالوا : ويؤجر إن حلف ويلزمه الحنث ، والقول بأنه إكراه لأشهب .

ابن بزيزة : وهو المشهور .

قوله : (**بِخلافِ قَتْلِ الْوَلَدِ**) مقتضاه: أنه يتفق على أن قتل الولد إكراه ، ونحوه في «الجواهر »[١] فإنه قال : والتخويف بقتل الولد .

واختلف في التخويف بقتل أجنبي ونحوه ، ابن راشد : لأنه قال : أما التخويف بقتل الولد ، فلا يختلف أنه إكراه لأن ما ينزل بالنفوس من قتل الولد أشد مما ينزل بها من ألمها.

وقال ابن عبد السلام : والمنقول في المذهب خلاف ما في « الجواهر » .

قال أصبغ في « ثمانية ابن أبي زيد » : وإن قال له السلطان : احلف لي وإلا عاقبت ولدك، فحلف له كاذباً فهو حانث ، وإنما يعذر بالمداراة عن نفسه .

خليل : وفيه نظر ؛ لأن المصنف وابن شاس وابن راشد إنما قصدوا قتل النفس لا ما دونها ، والله أعلم .

وَفِي التَّخْوِيفِ بِالْمَالِ ثَالِثُهَا : إِنْ كَانَ كَثِيرا تَحَقَّقَ

القول بأنه إكراه لمالك وأكثر الأصحاب ، ومقابله نقله اللَّخْمِيّ وغيره عن أصبغ وابن محرز عن ابن الماجشون ، والثالث نقله ابن عبد السلام عن ابن الماجشون .

وحكى في « البيان »[٢] عن مطرف رابعا ، بالفرق بين أن يقال له : إن لم تحلف على هذا الشيء أنه ليس متاعك أخذناه ، وبين ألا يأمن العقوبة على جسده ، مثل أن يهدده اللصوص بالضرب أو القتل على أن يطلعهم على ماله ليأخذوه ، فهو إن لم يحلف ضربوه أو قتلوه ، وإن أطلعهم على ماله ذهبوا فأخذوه وهو قول مطرف .

ابن راشد : وبعضهم يجعل الثالث تفسيرا للأولين ، وقوعه ونحوه لابن بشير .

ابن بزيزة : والصحيح: أنه إكراه ، إلا في المال اليسير الذي لا قدر له .

اللخمي : وعلى هذا يختلف إذا مر على عاشر بجارية فقال له : هي حرة لئلا يغرمه

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٥٢٠) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٥/ ٤٤٥) .

عليها فأبى أن يتركه حتى يقول له : إن كانت أمة فهى حرة ، فعلى قول أصبغ تعتق وعلى قول ابن الماجشون: لا تعتق .

وقال ابن القاسم في « المدونة »[١] : لا شيء عليه إذا قال ذلك وهو لا يريد حريتها .

اللخـــمي : ولو نوى الحرية وهو عالم أن له ألا ينوي لزمـه العتق ، وإنما الاختلاف إذا كان عامياً يجهل ذلك ، أو لم تكن مهلة ليخرج النية .

اللَّفْظُ : صَـرِيحٌ ، وَكِنَايَةٌ ، وغَيْـرُهُما ؛ الصَّـرِيحُ : مَا فِـيهِ صِيـغَةُ الطَّلاق ، مِـثْلُ : أَنْتِ طَالِقٌ، أَوْ : أَنَا طَالِقٌ ، فَلا يَفْتَقِرُ إِلَى نِيَّةٍ ....

هذا هو الركن الرابع ، وقـسمه على ثلاثة أقسام : صريح وكـناية وغيرهمـا ، وعدل المصنف عن طريقــة أكثـر الفقـهاء ، وهي أن الطَّلاق ينقـسم إلى قسـمين فقط : صـريح وكناية، لأن المصنف رأى أن : اسـقني الماء ونحـوه لا ينبـغي عده في الـكناية لأن الكناية استعمال اللفظ في لازم المسمى لكن هذا اصطلاح ولا مناقشة فيه .

ثم أخذ يتـكلم على الأول فالأول فذكـر أن الصريح مـا فيه الطـاء واللام ، والقاف ، كقوله : أنت طالق أو مطلقة أو أنا طالق والطَّلاق لازم لي ، أو علـيّ الطَّلاق ، فلا يفتقر إلى نية لا يريد به أن الطَّلاق يلزم بمجـرد جريان هذا اللفظ على لسان هذا الرجل مـن غير قصد إليه ، فإن ذلك لا يلزم على الصحيح من القول وقد تقدم ذلك ، وإنما يريد به أنه لا يقبل منه إذا أسـرته البينة ولذلك لا يقـبل منه في الفتوى إذا أقـر على نفســه أنه أتى بهذا اللفظ قاصداً إلى النطق به وإن لم يرد به الطَّلاق .

تنبيه :

استـشكل القرافى[٢] قول الفقهاء: إن الصـريح ما فيه الطاء واللام والقاف، بأنه يبطل باتفاقهم على أنه لا يلزم الطَّلاق لمن قال لزوجته : أنت مطلقة إلا بالنية ، وأشار إلى أنهم إنما لم يلزمـوه ذلك بأنت مطلقة لأن الأصل كـان لا يلزم بقوله : أنت طالق ، لأنه خـبر والخبر لا يلزم به الطَّلاق ، وإنما يـلزم بالإنشاء ، لكن العـرف نقل أنت طالق إلى إنشـاء الطَّلاق ، ولم ينقل أنت متطلقة .

---

(١) « المدونة » (٥/ ٤٨٢) .

(٢) « الذخيرة » (٤/ ١٤) .

وفيهَا : لَوْ قَالَ : أَنْت طَالِقٌ ، وقَالَ : أَرَدْتُ مِنْ وِثَاقٍ طُلِّقَتْ ، ولَوْ جَاءَ مُسْتَفْتِيا ولا بيِّنَة، ولا تَنْفَعُ النِّيَّةُ فِى ذَلِكَ إِلا أَنْ يَكُونَ جوَاباً ....

هذه المسألة على ثلاثة أوجه :

الأول : أن يقول لها : أنت طالق وليست موثقة ، فلا خلاف أنه لا يُنوّي .

الثاني : أن تكون موثقة ، وتقول له : طلقني ، فيقول : أنت طالق ، فلا خلاف أنه يُدين ، وظاهر كلامه أنه لا فرق بين أن تكون هنالك بينة أم لا .

والثالث : أن تكون في وثاق بحضرة البينة ولم تسأله إطلاقها ، فقال : أنت طالق ، وادعى أنه أراد من الوثاق ، فقال مطرف : يصدق فيما ادعاه ، وقال أَشْهَب : لا يُصَدَّق.

قيل : وإن أتى مستفتيا صُدِّق على كل حال إلا على مذهب من يرى أن مجرد اللفظ دون النية يوجب الطَّلاق، واختلف في تأويل « المدونة » ، فمنهم من تأولها كقول مطرف، ومنهم من تأولها كقول أَشْهَب .

ومقتضى كلام المصنف في هذا الوجه الثالث: أنه لا يصدق لكونه حكم باللزوم ، إلا إذا كان كلامه جوابا .

وَهِيَ وَاحِدَةٌ إِلا أَنْ يَنْوِيَ بِهَا أَكْثَرَ

يعني: أن قوله : أنت طالق ونحوه ، صالح للواحدة وللاثنتين وللثلاث ، لكنه محمول على الواحدة إلا أن ينوي أكثر من اثنتين أو ثلاث .

المتيطي: ويحلف في قوله : أنت طالق ، وقال أصبغ : هي الثلاث ولا يُنوّي .

وزَادَ أَبُو الْحَسَنِ خَمْسَةً فِي غَيْرِ الْحُكْمِ

أي : وزاد أبو الحسن بن القصَّار في صريح الطَّلاق خمسة ألفاظ وهي : السراح والفراق، والحرام، وبتة، وبتلة ،وهي الخمسة المذكورة في أول الكنايات من كلام المصنف.

وقوله : (**فِي غَيْرِ الْحُكْمِ**) يعني: إنما ألحق الخمسة في التسمية فقط لا في الحكم ؛ لأن الحكم في الطَّلاق أنه تلزمه واحدة إلا أن ينوي أكثر ، وهذه الثلاث كما سيأتي وعلى هذا فهو خلاف في الاصطلاح لا يترتب عليه حكم في الخارج ، والله أعلم .

وَالْكِنَايَةُ : قِسْمَانِ - ظَاهِرٌ ومُحْتَمَلٌ ، فَالظَّاهِرُ مَا هُوَ في الْعُرْفِ طَلاقٌ مِثْلُ : سَرَّحْتُك، وَفَارَقْتُك وأَنْتِ حَرَامٌ ، وبتَّةٌ ، وبتْلَةٌ ، وخَلِيَّةٌ ، وبَرِيَّةٌ ، وبَائِنٌ ، وحَبْلُك عَلَى غَارِبِك ، وكَالْمَيْتَةِ وكَالدَّمِ ، وكَلَحْمِ الْخِنْزِيرِ ، ووَهَبْتُك ، ورَدَدْتُك إلَى أَهْلِك ، وهِيَ كَالصَّرِيحِ فِي أَنَّهُ لا يُقْبَلُ دَعْوَاهُ فِي غَيْرِ الطَّلاقِ ....

يعني : أن الكناية تنقسم أيضاً إلى قسمين : (**ظَاهِرٌ ومُحْتَمَلٌ**) وذكر أن الظاهر ما يعد في الْعُرْفِ طلاقاً ، وذكر أربعة عشر لفظاً وبعضها أبين من بعض في التحريم .

وقوله : (**كَالصَّرِيحِ** . . . إلى آخره) ظاهر التصور وقد ذكر في « المدونة » أكثر الصيغ التي ذكرها المصنف ، إلا أنه لم يجمعها كما فعل المصنف بل ذكرها مفرقة ، وظاهر «المدونة » يدل على أن بعضها مخالف للبعض الآخر في بعض الأحكام ، لكن حملَ المصنفَ على ذكرها جملة الاختصارُ ففيها[١] : إن قال : أنت حرام ، فهي ثلاث في المدخول بها ولا يُنوّي وله نيته في التي لم يدخل بها .

وفيها : إن قال : بنت منك أو بنت مني أو أنت خلية وقال : لم أرد بذلك طلاقاً فإن تقدم كلام يكون هذا جوابه يدل على أنه لم يرد به طلاقاً صُدِّق ، وإلا فقد بانت منه إذا كان كلاماً مبتدأ .

وفيها : وإن قال لها : أنت عليَّ كالميتة، أو: كالدم ،أو: كلحم الخنزير ، فهي ثلاث وإن لم ينو به الطَّلاق .

وفيها : وإن قال : حبْلُك على غاربك ، فهي ثلاث ولا يُنوّي .

اللخمي : ومقتضى قوله في : (**حَبْلُكِ عَلَى غَارِبِك**) في ما دون الثلاث في غير المدخول بها ويحلف .

ونص في « المدونة » على أنه إذا قال : وهبتك أو رددتك إلى أهلك ، أن ذلك ثلاث في المدخول بها ويُنوّي في غيرها ، وإذا قلنا: إنه يُنوّي في (**وَهَبْتُكِ**) في غير المدخول بها ففي «كتاب التفسير» ليحيى أنه يحلف .

وفي « العتبية »[٢] : هي واحدة ، ولم يذكر يميناً وليس في « المدونة » التصريح بحكم

---

(١) « المدونة » (٥/ ٣٨٠) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٥/ ٤٤٧) .

«سرحتك» عن الإمام ، لكن نص عبد الوهاب[١] وصاحب «الكافي»[٢] على أن «سرحتك» كهذه الألفاظ ، ونص في « الموازية » على أنه يقبل قوله في نفي الطَّلاق إذا قال: سرَّحْتُكِ .

ابن المواز : ويحلف إلا أن يكون ذلك جواباً لسؤالها الطَّلاق ، وكذلك قال في «فارقتك» و«خليتك» .

وقال أَشْهَبُ : إنَّ (**سَرَّحْتُكِ**) محمول على الواحدة إلا أن ينوي أكثر .

وفي عد المصنف (**فَارَقْتُكِ**) مع هذه الكنايات نظرٌ سيأتي التنبيه عليه .

فرع :

روى ابن القاسم عن مالك فيما إذا قال لأهلها : شأنكم بها ، وقال : نويت الطَّلاق ، أنها واحدة إلا أن يريد أكثر من ذلك في غير المدخول بها ، وأما المدخول بها فإنها ثلاث ولا نية ، كما لو قال : وهبتكم إياها .

والمُحْتَمَلَةُ : مِثْلُ : اذْهَبِي ، وانْصَرِفِي ، واغْرُبِي ، وأَنْتِ حُرَّةٌ ، ومُعْتَقَةٌ ، والْحَقِي بِأَهْلِك ، أَوْ لَسْتِ لِي بِامْرَأَةٍ ، أَوْ لا نِكَاحَ بَيْنِي وبَيْنَك ، فَيُقْبَلُ دَعْوَاهُ فِي نَفْيِه وعَدَدِه

أي: والكناية المحتملة ، ومعنى (**فَيُقْبَلُ دَعْوَاهُ فِي نَفْيِهِ**) أي: إذا ادَّعى أنه لم يُرِد الطَّلاق قُبِلَ منه .

ابن القاسم في « الواضحة » : ويحلف في ذلك كله ، وكذلك نص في « المدونة » على الحلف في: أنت سائبة أو عتيقة أو ليس بيني وبينك حلال ولا حرام .

وقوله : (**وَفي عَدَدِهِ**) يعني: وإن قال : أردت الطَّلاق وقصدت واحدة أو أكثر قُبِلَ ذلك منه .

أصبغ : فإن نوى به الطَّلاق ولم ينو عدداً فهى البتة مدخولاً بها أم لا ، وما ذكره المصنف في (**أَنْتِ حُرَّةٌ**) هو مذهب « المدونة » ، وقال ابن الماجشون : إن قال لامرأته : أنت مني حرة ، أو قال لأمته : أنت مني طالق وأنت طالق لوجه الله ، فأمته حرة وامرأته طالق ، ولا أسأله عن نيته .

---

(١) « المعونة » (١/ ٥٦٤) .

(٢) « الكافي » (ص/ ٢٦٤) .

وما ذكره في : (**الْحَـقِي بِأَهْلِك**) ، نحوه في ابن بشير ، وفي « الموازية » عن مالك في القائل : الحقي بأهلك فليس لكَ عندي سعة فإلى أهلك لا إليَّ ، فليس بالطلاق البيِّن ويحلف ما أراد طـلاقاً ، ولكن أردت أن تذهب إليهـم لتعيش ، وقـريب من هذا عنه في «العتبية » و « الموازية » :إذا قال لامـرأته : انتقلي إلى أهلك ، أو قال لأمها : انقلى إليك ابنتك .

وقوله : (**أَوْ لَسْتِ لِي بِامْرَأَة ، أَوْ لا نِكَاحَ بَيْنِي وبَيْنَك**) نحوه في « المدونة »[1] ففيها : وإنْ قَالَ لها : لست لي بامرأة ، أو ما أنت لي بامرأة ، أو لم أتزوجك ، أو قال له رجل: ألك امرأة ؟ فقال : لا ، فلا شـيء عليه إلا أن ينوي به الطَّلاق ، وإن قال لها : لا نكاح بيني وبينك ، أو :لا ملك لي عليك ، أو :لا سبيل لي عليك ، فلا شيء عليه ، إذا كان الكلام عتابا ، إلا أن ينوي بقوله هذا الطَّلاق.

عيـاض : وظاهر قوله : عتاباً ولم ينو شيئا أنه طلاق ، مثل قوله ذلك لعبده في كتاب العتق ، ونحوه للَّخمي .

تنبيه :

ما ذكـرناه في :لست لي بامرأة خاص بما إذا لم يكن مـعلقاً ، وأما المعلق كـقوله : إن دخلت الدار فلست لي بامرأة ، فـالصحيح: أنه يلزمه به الطَّلاق؛ لأنه يصح حـمل كلامه عند عدم التعليق على الكذب لظهور ذلك فيه ، ولا يصح ذلك مع التعليق ، وبذلك أفتى ابن أبي زيد ، وتوقف فيها أبو بكر النعالي سنة ، ولم يجب بشيء ، ولا يفرق فيها هكذا في :لا عصمة لي عليك بين المعلق وغيره كما ظنه ابن بشـير ، فقد قال سحنون في كتاب ابنه في من اشترت من زوجها عصمتـه ورضى بذلك أنها ثلاث لأنها ملكت جميع ما كان يملك من عصمتـها وقال ابن القرطبي والإبياني في القائل لامـرأته : لا عصمة لي عليك: أنها الثلاث ، إلا أن يكون معها فداء فتكون واحدة حتى يريد ثلاثاً .

أبو محـمد : وذلك صواب ، واستدل بما في العـتق الأول من « المدونة » إذا قال لعبده ابتداء : لا سبيل لي عليك ،أو: لا ملك لي عليك ؛ عتق عليه ، وإن علم أن هذا الكلام جواب لما كان قبله صُدِّقَ في أنه لم يُرِدْ عِتْقاً ولم يلزمه عتق .

(١) « المدونة » (٥/ ٤٠١) .

وَقَد اخْتَلَفَ الْمَـذْهَبُ فِي الْكِنَايَة الظَّاهِرَة فَجَاءَ : ثَلاثٌ فيهما ولا يُنَوَّي ، وجَاءَ : ويُنَوَّي ، وجَاءَ : ويُنَوَّي فِي غَيْرِ الْمَدْخُول بهَا ، وهُوَ الْمَشْهُورُ ، وجَاءَ : وَاحدَةٌ بَائنَةٌ فيهمَا ، وجَاءَ رَجْعِيَّةٌ فِي الْمَدْخُولِ بِهَا ، وجَاءَ : ثَلاثٌ فِي الْمَدْخُولِ بِهَا ووَاحِدَةٌ فِي الأُخْرَى ...

لما أراد المصنف أن يذكر وجه الأقوال أفردها وإلا فهي راجعة إلى ثلاثة أقوال :

الأول : أنها الثلاث واختلف على هذا القول هل هى الثلاث في المدخول بها وغيرها ولا يُنوّي ، أو الثلاث ويُنوّي فيهما ، أو يُنوّي في غير المدخول بها فقط ؟

والثاني : أنها طلقة ، واختلف عليه فقيل : بائنة ، وقيل : رجعية .

والثالث : أنها ثلاث في المدخول بها ، وواحدة في غير المدخول بها .

وقوله : (**فيهمَا**) ، أي في المدخول بها وغيرها ، وفي بعض النسخ : (فيها) فيعود الضمير على الكنايات الظاهرة .

ثم أخذ المصنف يوجه الأقوال الأول فالأول فقال :

فَالأَوَّلُ : رَأَى دلالَتَهَا عَلَى الثَّلاث نَصّا عُرْفيا

أي : القائل أنها (**الثَّلاث فيهما ولا يُنَوَّي**) رأى هذه الكنايات نصا من حيث العرف على الثلاث .

والثاني : رَآهَا ظَاهِرا

أي : (**رَآهَا**) تدل على الثلاث (**ظَاهِراً**) فلذلك تدل عليها عند عدم النية ، ثم إنما يُنوّي على هذا القول إذا لم تكن عليه بينة على ما تقدم في الأيمان إذا خالف ظاهر اللفظ النية .

وَالثَّالِثُ : رَآهَا للْعَدَدِ ظَاهِراً ولِلْبَيْنُونَة احْتمالا

هكذا وقع في كثير من النسخ ، وإنما كان نصا كما في بعض النسخ ، يعني: فلما كانت نصا في البينونة لزم أن لا يُنوّي في الدخول بها ؛ لأنها تبين منه بعد الثلاث ، ولما كانت للعدد ظاهراً لزم أن ينوي في المدخول بها لكونها تبين بالواحدة .

رَآهَا لِلْبَيْنُونَةِ خَاصَّةً ورَأَى الْبَيْنُونَةَ بوَاحِدَةٍ

تصوره ظاهر، وهو ينبني على صحة **الطَّلاق** البائن من غير عوض .

وَالْخَامِسُ : رَآهَا لِمُجَرَّدِ الطَّلَاقِ ظَاهِراً

أي : فتكون رجعية في المدخول بها .

وَالسَّادِسُ : رَآهَا لِلْبَيْنُونَةِ

أي : ورأى أن البينونة لا تقع في المدخول بهـا إلا بخُلع أو الثلاث في المدخول بها ولا عوض فتعينت الثلاث .

وَكُلُّهَا غَيْرُ الأُولَى جَاءَتْ في : الْحَلالُ عَلَيَّ حَرَامٌ ، وجَاءَ الأَوَّلُ وغَيْرُهُ فِي غَيْرِهِ مُفَرَّقاً

أي : وكل هذه الأقوال الستة إلا القـول الأول جاءت في قول القائل : (**الْحَـلالُ عَلَيَّ حَرَامٌ**) ، (**وجَاءَ**) القول (**الأَوَّلُ وغَيْرُهُ**) في غير : الحلالُ عليَّ حرام (**مُفَرَّقاً**) .

وأشار إلى أن جميع هذه الأقوال لم تأت في صيغة واحدة وإنما جاء منها في البعض ما لم يأت في البعض وبالعكس ، فيتخرج من كل واحدة ما جاء في الأخرى ، ولا يقال: إن قول المصنف : غير الأول ، ليس بصحيح لما قاله ابن الماجشون في « المبسوط » في من قال لزوجته : أنت حرام ، يلزمه الثلاث قبل الدخول وبعده ولا يُنوّي ؛ لأن المصنف لم يقل: وكلها جاءت غير الأول في : أنت حرام ، وإنما قال جاءت في : الحلال عليَّ حرام ، نعم نقل المازري الستة في الحلال عليَّ حرام .

تنبيهان :

الأول : ما ذكره المصنف أنه المشهور من أنه يُنوَّي في الكنايات كلها في غير المدخول بها خلاف « المدونة »[1] و « الرسالة »[2] ، فإن فيهما: أنه لا يُنوّي في البتة مطلقاً مدخولاً بها أم لا ، وإنما يُنوّى فيما عداها من الكنايات .

وقد صرح ابن بشير أن المشهور في البـتة أنه لا يُنوّى في غير المدخول بها ، لكن صرح ابن غلاب بتشهير ما شهَّرَهُ المُصنِّف .

الثـاني : لا شكَّ أنَّ هذه الألفاظ بعضها أقوى من بعض في التحريم ، فتخريج الثلاث أو البينونة من الـلفظ الضعيف إلى القـوى جيد دون العكس ، فـينبغي أن تتـأمل الأقوال

(١) « المدونة » (٥/ ٣٧٠) .

(٢) « الرسالة » (ص / ٩٤) .

المنصوصة في كل واحـد من تلك الألفاظ ، وينظر ما يصح تخريجـه منها وما لا يصح ، وهذا يحتاج إلى بسط نبهناك على أوائله .

وَقِيلَ : يُنَوَّى فِي غَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا بِاتِّفَاقٍ إلا أَلْبَتَّةَ

هذه طريقة لبعض الشيوخ وفيها بعد؛ لأن اللَّخْمِيّ والمازري وغيرهما حكوا خلافها .

وقوله : (**إلا أَلْبَتَّةَ**) ، يحتمل أن يكون استثناء من قوله : (**بِاتِّفَاقٍ**) فتكون البتة مختلفاً فيها هل يُنوّى قائلها قبل الدخول أم لا ؟

ويحتمل أن يكون من قوله : (**يُنَوَّى**) فتكون البتة محتملة للاتفاق والاختلاف .

ابن عبـد السلام : والاحتمال الأول أولى ؛لأن قول مالك اختلف هل يُنوّى المتكلم بها قبل الدخول أم لا ؟

فرعان :

الأول : الباجي[1] : إذا قلنا يُنوّى قبل البناء فإنه يحلف ما أراد إلا واحدة ، قاله مالك في البتة والبائنة والخلية والبرية .

سحنون وابن الماجشون : وإنما يحلف إذا أراد نكاحها وليـس عليه يمين قبل ذلك؛ لأنه قد لا يرتجعها .

الثـــاني : إذا نويناه قبـل البناء ، فلو حلف قبل البناء وحنث بعـده ففي «كـتاب ابن سحنون» عن أبـيه في من حلف بالحلال علـيه حرام قـبل البناء فحنث بعـده ونوى واحدة وقامت عليه البينة بالحنث بعده لا يُنوَّى ؛ ولأنه يوم الحنث ممن لا يُنوّى .

البـــاجي[2] : ووجه ذلك أن اليـمين إنما تنعقد ويقع الطَّلاق بها يوم الحنـث فيجب أن يراعى.

ابن سحنون : وقال بعض أصحابنا : إلا أن يعلم ذلك منه البينة قبل البناء فلا يلزمه إلا طلقة ، وله الرجـعة ، وقال سحـنون : إذا حلف قبل البناء بالحرام أو الخليـة أو البرية ثم حنث بعـد البناء وقـال : نويت واحدة ، فله ذلـك وله الرجعـة ، وانظر هل مـا نقله ابن سحنون تقييد للقول الأول أم لا ؟

---

(١) « المنتقى » (٥/ ٤١٠) .

(٢) « المنتقى » (٥/ ٤١٠) .

وَأَمَّـا : وَجْهِي مِنْ وَجْـهِكِ حَرَامٌ ، وَ : مـا أَعِيشُ فِـيهِ حَرَامٌ ؛ فَـقِيلَ : ظَاهِرٌ ، وقِـيلَ : مُحْتَمِلٌ...

لو قال ظاهرة ومحتملة لكان أبين .

ابن عبد السلام : فعلى أنهما من الكنايات الظاهرة تأتي الستة الأقوال ، وعلى أنهما من المحتملة فيقبل قوله في نفيه وعدده ؛ وفيه نظر ولم أر القولين في كتب الأصحاب ، هكذا والذي في اللَّخْمِيّ وغيره أنه اختلف إذا قال : وجهي من وجهك حرام ، فقال ابن القاسم في «العتبيـة» : تحرم عليه زوجته ، وقال محمـد بن عبد الحكم : لا شيء عليه ، وذهب في ذلك إلى ما اعتـاده بعض الناس في قول : عيني من عينك حـرام ووجهي من وجهك حرام يريدون بذلك البغض والمباعدة ، قيل : وأما لو قال : وجهي على وجهك حرام فهو طلاق ، ونص اللَّخْمِيّ على عدم اللزوم ، ولو قال : وجهي على وجهك حرام ، وأما ما أعيش فيـه حرام ولا نية له فقـال محمد : لا شيء عليه ، قـال في « تهذيب الطالب » : وأعرف فـيه قولاً آخر أن زوجـته تحرم عليـه ، ورأيت في بعض التعالـيق على الشيخ أبي عمران أنه سئل عن القـائل : كل ما يعيش فيه حرام ، فقـيل له : قد صار هذا عن الناس طلاقاً في عادتهم ويقـصدون به تحريم الزوجة ، فقـال : إذا صار ذلك عادة لزم الطَّلاق ، فالقولان منصوصان في كل من الفرعين اللذين ذكرهما المصنف .

فرع :

إذا قال لزوجته : يا حرام ، فقال محمد بن عبد الحكم : لا شيء عليه .

أبو عمران : وليس لغيره فيها نص .

ابن يـونس [١]: وكذلك إذا كان ببلد لا يريدون به الطلاق ، وهو كقوله : أنت سحت أو حرام ، وكذلك نص أصـبغ على عدم اللزوم إذا قال : علي حرام ، ولـم يقل لزوجته أنت ولم يقصـدها ، وكذلك نص اللَّخْـمِيّ وابن العربي[٢] على عـدم اللزوم إذا قـال : الحلال حـرام ولم يقل : عليّ ، زاد ابن العربي إذا قـال : حرام فـقط ، أو حرام عليَّ ، لعدم ذكر الزوجة وكذلك أفتى أبو عمران وأبو بكر بن عبد الرحمن بعدم اللزوم لمن قال : جميع ما ملكت حرام .

---

(١) «الجامع» (٤/ ٥٤٤) .

(٢) « أحكام القرآن » (٤/ ٢٩٩) .

أبو بكر المذكور : إلا أن يُدْخل الزوجة .

ابن العربى[١] : ويلزمه إذا قال : ما أنقلب إليه حرام ، ما يلزمه في قوله : الحلال عليّ حرام ، وهو الطَّلاق ، إلا أن يحاشيها ، وقاله اللَّخْمِيّ وزاد : إلا أن يقول : ما أنقلب إليه من أهلي حرام .

ابن عبد السلام : فإنه لا يصدق حينئذ في المحاشات ، وذكر ابن عبد السلام عن بعضهم أنه يختلف إذا قال : ما أنقلب إليه حرام ، وما أنقلب إليه من أهلي ومالي حرام ، قيل : يُنوّى ، وقيل : لا يُنوّى إذا نصّ الأهل ، قال : ويختلف أن يحلف أم لا ؟

فرع :

واختلف إذا قال : ما أنقلب إليه حرام إن كنت لي بامرأة ، أو إن لم أضربك ، فقال ابن القاسم : لا يحنث في زوجته لأنه أخرجها من يمينه حين أوقع يمينه عليها ، قال : وكذلك إذا قال : إن لم أبعك اليوم فرقيقي أحرار فإنه يحنث في رقيقه ولا يحنث فيه .

وقال أصبغ : لا يحنث في الزوجة والعبد ولو أضاف التحريم إلى جزء من أجزائها ، فحكمه كالطلاق يلزمه في اليد والرجل ، ويختلف في الشعر والكلام ، ولا يلزمه في البزاق والسعال .

وفيهَا : خَلَّيْتُ سَبِيلَكِ ، وفَارَقْتُكِ ثَلاثاً بَنَى أَوْ لَمْ يَبْنِ

كأنه أتى بهذه المسألة استشهاداً للقول بإلزام الثلاث في الكنايات الظاهرة مطلقاً ، وليس ما ذكره المصنف عن « المدونة »[٢] فيها وإنما فيها : وإن قال لها : قد خليت سبيلك وقد بنى بها أو لم يبن فله نيته في واحدة فأكثر ، فإن لم تكن له نية فهي ثلاث .

ابن وهب عن مالك : وقوله : وقد خليت سبيلك ، كقوله : قد فارقتك .

فأنت تراه كيف نوّاه في خليت سبيلك مطلقاً ، ولم يعط جواباً في :« فارقتك» وشبهها، في رواية ابن وهب لفارقتك وذكر أن معناه : وفارقتك واحدة .

ابن المواز : رُوي عن مالك في « خليت سبيلك» وفي « فارقتك» أنها واحدة حتى ينوي أكثر ؛ بنى أو لم يبن وهذا أصح قوله ، قاله ابن القاسم وأَشْهَب .

أبو محمد : وقاله ابن عبد الحكم وأَشْهَب في «خليت سبيلك» أنها ثلاث ، ولا أُنوّيه

---

(١) « أحكام القرآن » (٢٩٩/٤) .

(٢) « المدونة » (٣٧٥/٥) .

إلا أن تكون غيـر مدخول بها وهذا يقـتضي أن المذهب في «فارقتك» أنهـا الواحدة إلا أن ينوي أكثر خلاف ما تقدم للمصنف في عده فارقتك من الكنايات الظاهرة .

وفي « الجـــلاب »[١] : وقد اخـتلف قول مالك في (فارقـتك) ؛ هل هو من صريح الطَّلاق أو من كناياته ؟ فإن جعلناه صريحاً فـهو كقوله : أنت طالق ، وإن جعلناه كناية ، لزم به الطَّلاق ورجع إلى نيته في عدة المدخول بها .

وفي اللَّخْمِيّ : واختلف في (فارقتك) فـحمله مالك مرة في « الموازية » على الثلاث ، قبل وبـعد إلا أن ينوي واحدة ، وقـال أيضاً : إن لم يدخـل بها فهي واحـدة إلا أن ينوي أكثر، وبعد الدخول ثلاث إلا أن ينـوي واحدة ، وقال أيضاً : هي واحدة وإن دخل إلا أن ينوي أكثر .

والقول بأنها واحدة دخل أم لا أحسن لأن الفـراق واحد فرجح أيضاً القول بالواحدة ، لكن قال في « البـيان »[٢] : المعلوم من قول مالك في فارقـتك أنها ثلاث في المدخول بها إذا لم تكن له نيـة ، واختلف في التي لم يدخل بهـا فقيل : ثـلاث إلا أن ينوي واحدة ، وقيل : واحدة إلا أن ينوي ثلاثاً .

ابن بشير : ولا خلاف أنه ينوي في غير المدخول فى: خليت سبيلك ، وإنما الخلاف في المدخول بها .

اللَّخْـــمِيّ : وفي : خليت سبـيلك ، ثلاثة أقوال : أحدها أنه ثلاث في المدخـول بها وغيرها إلا أن يقول أردت فيهما واحدة ، وإن قال : لم أر طلاقاً فهو أشد وهي البتة .

وقال مـحمـد : في قوله خليت سبيلك وسـرحتك ذلك سواء وهي واحدة إلا أن يقول فيـهما : لم أرد طلاقاً فـيكون ذلك في سرحتك إذا حلف ، ولا يقـبل قوله في : خليت سبيلك ؛ أنه لم يُرِدْ طلاقاً .

وقال ابن حبيب في : «خليت سبيلك» و«خلية» و«سرحتك» و«فارقتك» : سواء ، وهي الثلاث في المـدخول بها حـتى ينوي أقل فيـحلف وإن لم يدخل فهي واحـدة إلا أن ينوي أكثر.

واعلم أنهم فـرقـوا بين قوله : «خليـة» و«خليت سـبـيلك» و«خليتـك »، فخليـة من

---

(١) « التفريع » (٢/٥) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٦/١٤٧) .

الكنايات الظاهرة كما تقدم ، وفي «خليت سبيلك» ما ذكرناه ، وأما «خليتك» فنص ابن المواز على قبول قوله فيها أنه لم يرد طلاقاً بخلاف «خليت سبيلك» ؛ لأن استعمال هذه اللفظة في غير الطَّلاق أكثر من «خليت سبيلك» .

الثَّالِثُ : مِثْلُ اسْقِنِي الْمَاءَ فَإِنْ قَصَدَ بِهِ الطَّلَاقَ وَقَعَ عَلَى الْمَشْهُورِ ، وفِيهَا : كُلُّ كَلامٍ يَنْوِي بِهِ الطَّلاقَ فَهِي بِه طالقٌ ....

أي : الثالث من الأقسام الثلاثة السابقة وهو غير الصريح والكنايات ، والمشهور مذهب مالك وابن القاسم ، ومقابله لأشهب قال : إلا أن يريد أنت طالق إذا قلت ذلك .

قوله : (**وفِيهَا : كُلُّ**) استشهاداً للمشهور ونصها قيل : فإن قال لها : حياك الله ، يريد بذلك التمليك أو : لا مرحباً يريد بذلك الإيلاء أو الظهار ، قال مالك : كل كلام ينوي به الطَّلاق فهي به طالق فكذلك هذا .

ونص فيها على أنه إذا قال : اخرجي أو اتقنعي أو خزاك الله أو كلي واشربي ونوى بها الطَّلاق فإنه يلزمه الطَّلاق وكذلك يلزمه العتق إذا نواه بمثل هذه الألفاظ .

وقال القابسي في قوله في « المدونة »[1] : لا مرحباً بك ، يريد بذلك الإيلاء هذا إذا قال : والله لا مَرْحباً ، وقَصَدَ بقَوْله :« لا مرحباً»: لا وطئتك ،وأما إن لم يذكر الله تعالى بلسانه فليس بيمين فيحتمل أن يكون ذلك مبنياً على قول أَشْهَب ، ويحتمل أن يكون قال ذلك في الإيلاء وحده ؛ لأنه يمين ، وغالب أيمان الناس إنما هي بأسماء الله تعالى ، ومثل هذا اللفظ لا يصلح أن يقع موقع اسم الله تعالى بخلاف الطَّلاق والظهار .

قال في « النكت » [2]: لأنه لا تكون لا مرحباً عبارة عن اسم الله تعالى فأما إن قصد بلفظه لا مرحباً مجردة على رقبة ولا وطئتك أو نحو هذا فيلزمه ذلك، انتهى .

لكن ظاهر قول القابسي أنه شرط النطق باليمين ولم يكتف بالنية وذلك مذهب أَشْهَب ونقل ابن راشد خلافاً بين المتأخرين في مسألة المصنف هل ذلك طلاق بالنية أو باللفظ والنية ؟

الباجي[3] : ومذهب ابن القاسم يقتضي أنه إنما وقع عليه الطَّلاق بالنية واللفظ ،

(١) « المدونة » (٥/٣٨٨) .

(٢) « النكت والفروق » (١/٢٥٥) .

(٣) « المنتقى » (٥/٤١١) .

واستدل على ذلك بما رواه ابن القاسم عن مالك فيمن أراد أن يقول : أنت طالق ، فقال : كلي واشربي ، أنه لا يلزمه شيء ، انتهى .

وفيـهَا : إنْ قَصـدَ التَّلَفُّظَ بالطَّلاق فَلَفَظَ بهَذَا غَلَطاً فَـلا شَيْءَ عَلَيْه حَتَّى يَنْوِيَ أَنَّهَـا بِمَا تَلَفَّظَ بِه : طَالِقٌ ، وكَذَلِكَ لَوْ قَالَ : يَا أُمِّي ، أَوْ يَا أُخْتِي ، وشِبْهَهُ .

تصوره ظاهر .

ابن محرز وعبـد الحميد : واختلف المذاكرون في هذه فرأى بعضهم: أن عدم اللزوم هنا مبني على أن الـطَّلاق بالنية لا يلزم ، وعلى القـول باللزوم بالنية يلزم هنا ،وأبى بعـضهم ذلك؛ لأنه لم يعقد أن يطلِّق بمجرد النية وإنما عقد أن يُطلِّق بالنية واللفظ .

عبد الحميد : وهذا الأخير أظهر ، ولم يأت في « المدونة » بقوله : يا أمي ويا أختي ، على ما أورده المصنف ونصها : وإن قال لها :يا أمي أو يا أختي أو يا عمتي أو يا خالتي ، فلا شيء عليه وذلك من كلام أهل السَّفَه .

وَالإِشَارَةُ الْمُفْهِمَةُ : مِنَ الأَخْرَسِ كَالصَّرِيحِ ، كَبَيْعِه ، وشِرَائِه ، ونِكَاحِه ، وقَذْفِه ، ومِنَ الْقَادِرِ كَالْكِنايَةِ ...

نحوه في « الجواهر »[(١)] ، وقوله : (**ومِنَ الْقَادِرِ كَالْكِنايَةِ**) أي: فإن كانت لا تحتمل غير الطَّلاق حملت عليه ، كما إذا قال : أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاثة .

ابن عبـد السلام : والتفرقة بين الأخرس وغـيره ليست بظاهرة؛ لأن الفعل لا يدل بذاته كما تقـرر في أصول الفقه ، وعـلى هذا فينظر إلى القرائن التي انضمـت إلى الإشارة فإن انقطع من عاين تلك الإشارة أنه فهم منها الطَّلاق كـانت كالصريح في الأخرس وغيره وإلا فكناية فيهما ، والله أعلم .

وإِذَا كَتَبَ بِالطَّلاقِ عَازِما عَلَيْهِ وَقَعَ نَاجِزا

نحوه في « المدونة »[(٢)] .

ابن راشـد وابن عبد الـسلام : ولا خلافَ في ذلك ؛لأنه وجدت النيـة والكتابة كالنُّطق

---

(١) « الجواهر » (٢/٥٢١) .

(٢) « المدونة » (٥/٢٤) .

وسـواء أخرج الكتـاب أم لا ، وأقامـوا من هذه المسـألة أن من أتى إلى الموثق مع زوجتـه وقال: اكتب لهذه طلقـة ، فقال له الموثق : لا تفعل ، فإن قال ذلك مـجمعاً على الطَّلاق لزمه ، ولا ينفعه قول الموثق : لا تفعل ، ولم يفعل .

وكذلك إذا قال للشاهد : اكتب لهذه ثلاث تطليقات ،فقال : لا تفعل اجعلها واحدة ، فإن كان مجمعاً لزمته الثلاث وكل ذلك يقع بنفس الكتابة .

وغَـيْـرَ عَـازِمٍ بَلْ لِيُـشَاوِر أَوْ يَـنْظُرَ فَـإِنْ أَخْرَجَـهُ مِنْ يَدِهِ ولَـمْ يَصِلْ فَـرَدَّهُ لَمْ يَقَعْ عَلَى الْمَشْهُورِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ وُصُولَهُ كَالنُّطْقِ أَوْ إِخْرَاجِه ....

يعني : إذا كتب لزوجته بالطلاق غير عازم بل ليشاور فله ثلاثة أحوال :

الأولـى : ألا يخرجه فلا يلزمه شيء ، قال في «الموازية» وغيرها : ويحلف أنه ما أراد به إنفاذ الطَّلاق ويدين .

الثانية : أن يصل إليها فيلزمه الطَّلاق من غير إشكال .

الثالـثة : أن يخرجه من يده ويرده قبل أن يصـل، المشهور وهو مذهب « المدونة » : أنه لا يلزمه شيء .

و « الموازية » و « العتبية »: يلزمه ، وقاله أَشْهَب وأصبغ .

قـال في « الموازية » : وسواء كان في الكتاب : أنت طـالق، أو: إذا جاءك كتابي هذا فأنت طالق .

ومنشأ الخلاف ما ذكره المصنف ، ويمكن أن يقال : بناءً على أن إخراجه قرينة في التزام الطَّلاق أم لا .

فرع :

فإن لم تكن له نية فـفي « البيان » [1]: هو محمول على العـزم ، وقال اللَّخْمِيّ : هو محمول على عدمه وذكر فيه القولين السابقين ، واختلف في صفة الكتاب إذا أحب الطَّلاق على ثلاثة أقوال :

قال ابن القاسم: إذا كانت من ذوات الأقراء فيكتب : إذا جاءك كتابي وأنت طاهر فأنت

(١) «البيان والتحصيل » (٥/ ١٤) .

طالق ، ولا يزيد على ذلك ، فإن كانت طاهراً وقعت طلقة وإلا بقيت زوجة ، قال : وإن كانت حاملاً كتب : إن كنت حاملاً أو طاهراً بعد أن وضعت فأنت طالق ، ولا يزيد على ذلك .

وأجاز أَشْهَب أن يكتب : إن كنت حائضاً فأنت طالق إذا طهرت بناء على أصله أن من علق الطَّلاق على الحيض أو الطهر لا ينتجز .

وقال ابن المعـدل : يكتب بإيقاع الطَّلاق يوم كتب الكتاب ولا يكتـب إذا طهرت وأشار اللَّخْمِيّ وغـيره إلى منشـأ الخلاف أن منع طلاق الحائض غـير معلل فـيكتب كمـا قال ابن القاسم ، وإن قلنا : معـلل بالتطويل ، فيجوز أن يوقع عليـها الطَّلاق الآن إذ قد لا يصل الكتاب إلا بعد انقضاء عدتها .

بِخِلافِ قَوْلِهِ لِلرَّسُولِ يُبَلِّغُهَا فَإِنَّهَا تُطَلَّقُ نَاجِزا وإِنْ لَمْ يُبَلِّغْهَا

ابن راشد : لا خلاف في ذلك .

ابن عبد السلام : ثم إن كان الزوج تقدم له الطَّلاق وكانَ كلامُه للرسُّول إخباراً عن ذلك فلا إشكال ، وإن كـان إنما تكلم الآن بهذا الكلام مـع الرسول فانظر هل هو طـلاق بالنية فقط أو بالنية واللفظ ؟ كقوله : اسقني الماء وهو الظاهر ، والله أعلم .

وَإِذَا بَاعَهَا أَوْ زَوَّجَهَا فَثَالِثُهَا : إِنْ كَانَ جَاداّ فَظَاهِرٌ وَإِلا فَمُحْتَمَلٌ

يعني : إذا باع زوجته ، أو زوّجها فقيل : ذلك من الكنايات الظاهرة ، سواء كان جادا أو هازلاً ، وعلى هذا يختـلف في اللازم بسـبب ذلك ، وقيل : من الكنايات الخـفيـة ، وعلى هذا فقيل قوله في نفيه وعدده .

وقيل : بالفرق بين الجاد والهازل ، وهو ظـاهر، ولم يذكر الأصحاب الأقوال هكذا ، والذي ذكروه في البيْع أربعة أقوال :

الأول: لمالك وابن القـاسم وابن نافع وسحنون : أنهـا بائنة ، زاد سحنـون : إن غاب عليها المشتري أو لم يغب .

ابن القـــاسم : فإن فعل ذلك لمسـغبة أو أقرت له بالرق فإنهمـا يعذران بالجوع ولا تحدّ وتكون طلقة بائنة .

وبلغني ذلك عن مالك ويرجع عليه المشتري بالثمن .

الثاني لابن وهب : أن بيعه لها لا يكون طلاقاً ، فإن طاوعته وأقرت أن المشتري أصابها طائعة فعليها الرجم .

الثالث لأصبغ : إن باعها أو زوجها هازلاً فليس بطلاق وإن كان جادا في الوجهين فهو البتات .

الرابع لابن عبد الحكم : أنه ببيعها قد حرمت عليه كالموهوبة وبه قال أصبغ أيضاً .

عبد الحميد : وينبغي أن يحلف بالهزل في عدم اللزوم على قول أصبغ كما إذا أتى مستفتيا ، وقال : ليس عليه بينة ، وقال : لم أرد الطَّلاق ولا التحريم .

وصوب اللَّخْمِيُّ قول ابن وهب وقال : وهو قول مالك لأن البيع إنما يتضمن التمكين منها ولا خلاف أن من مكن من زوجته من غير بيع أنه ليس بطلاق ، وقد يبيعها ويواطئها على أن تهرب ، أو يأمرها أن تثبت حريتها ، وفي ما قاله نظر ؛ لأن بيعها يتضمن التمليك المؤبد ولا يكون ذلك إلا بالبينونة .

اللَّخْمِيُّ وغيره : وتتخرج هذه الأقوال في ما إذا زوَّجها ، قال بعضهم : اختلف في من باع زوجته أو زوّجها أو مثل بها فقيل : ذلك الطَّلاق الثلاث ، وقيل : وليست هذه الأقوال منصوصة في كل مسألة من هذه الثلاث ، ولكن نص في بعضها ما لم ينص في البعض ويتخرج من بعضها في بعض .

وَلَوْ أَوْقَعَ الطَّلاقَ بِقَلْبِهِ خَاصَّةً جَازِماً - فَرِوَايَتَانِ

قال القرافي : مَنْ عَزَم على طلاقِ امْرَأَتِهِ ثم بدا له فلا يلزمه إجماعاً ، وكذلك من اعتقد أنها مطلقة ثم تبين له أنها غير مطلقة لم يلزمه الطَّلاق إجماعاً .

والخلاف إنما هو إذا أنشأ الطَّلاق بقلبه بكلامه النفساني ، والقول بعدم اللزوم لمالك في «الموازية» وهو اختيار ابن عبد الحكم وهو الذي ينصره أهل الخلاف من أهل المذهب .

القرافي[1] : وهو المشهور ، والقول باللزوم لمالك في « العتبية » ؛ قال في « البيان » و«المقدمات » : وهو الصحيح .

وقال ابن راشد : هو الأشهر .

---

(١) « الذخيرة » (٤/٥٨) .

ابن عبد السلام : والأول أظهر لأن الطَّلاق حلٌّ للعصمة المنعقدة بالنية والقول فوجب أن يكون حلّها كذلك ، وإنما يكتفي بالنية في التكاليف المتعلقة بالقلب لا في ما بين الآدميين.

وَلِلْحُرِّ ثَلاثُ تَطْلِيقَاتٍ عَلَى الْحُرَّةِ والأَمَةِ ، ولِلْعَبْدِ تَطْلِيقَتَانِ فِيهِمَا

هذا مذهبنا أن الطَّلاق معتبر بالرجال فقط ، والعدة معتبرة بالنساء لأن الله تعالى أضاف الطَّلاق للرجال فوجب أن يعتبر بهم قال الله تعالى : ﴿ **إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ** ﴾ [الطلاق:١] ﴿ **إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ** ﴾ [الأحزاب:٤٩] إلى غير ذلك من الآي، وفي معنى العبد كل من فيه شائبة حرية .

وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً ونَوَى الثَّلاثَ وَقَعَتْ

نحوه في « الجواهر » ، ويحتمل قوله : (**وَاحِـدَةً**) ، على أنه أراد إيقاع الثلاث مرة واحدة ، أو كلمة واحدة .

وفي « المدونة »[1] : وإن قال لها : أنت طالق تطليقة ونوى اثنتين أو ثلاث فهو ما نوى وإن لم ينو شيئاً فهي واحدة .

وهذه المسألة أشد من مسألة المصنف لأنه لا يبعـد ذلك التقدير في قوله : (تطليقة) وقد تردد بعضـهم في مـا زاد على الواحـدة هل يلزم ذلك بالـنيـة ؟ أم النيـة واللفظ ؟ فكان كـ(اسقيني الماء) .

وَفِيـهَا : لَوْ أَرَادَ أَنْ يَحْلِفَ بِـالثَّلاثِ ، فَقَـالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ، وسَكَتَ فَـهِيَ وَاحِدَةٌ إلا أَنْ يَنْوِيَ بِطَالِقٍ الثَّلاثَ ....

تصوره واضح ، وحكى ابن حارث في من قال : أنت طالق ونيته أن يقول البتة ، فقيل له : اتق الله ، فسكت عن البـتة ، عن « المدونة »: أنه لا يلزمه إلا واحـدة ، وعن مالك من رواية ابن نافع: أنه تلزمه البتة بالنية .

وَلَوْ قَـالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ، أَنْتِ طَالِـقٌ ، أَنْتِ طَالِقٌ ، أَوْ أَنْتِ طَالِقٌ طَـالِقٌ طَالِقٌ فَـثَلاثٌ ويُنَوَّى فِي التَّأْكِيدِ ، وكَذَلِكَ لَوْ كَرَّرَ مُعَلَّقاً عَلَى مُتَّحِدٍ بِخِلافِ الْيَمِينِ بِاللَّهِ والظِّهَارِ ...

إنما لزمه الثلاث إلا أن ينوي التأكيد ؛ لأن الأصل التأسـيس ، ومثل بمثالين تنبيها على أنه لا فرق بين أن يعيد المبـتدأ وهو (أنت) أم لا ، ومثل قوله : (**أَنْتِ طَالِقٌ طَـالِقٌ طَالِقٌ**)

(١) « المدونة » (٥/٣٩٨) .

لو قال : اعتدي اعتدي اعتدي قاله في « المدونة » ، وروى مالك في تكرار اعتدي أن ذلك واحدة إلا أن ينوي الثلاث ، وكذلك قال ابن نافع في تكرار قوله : أنت طالق ، أنه محمول على التأكيد حتى ينوي بالثانية طلقة أخرى، وقال في « الواضحة » في تكرار «أنت طالق»: ثلاثاً ولا ينوي ، وقوله : (**وكَذَلِكَ لَوْ كَرَّرَ مُعَلَّقاً عَلَى مُتَّحِدٍ**) مثاله: أن يقول مرتين أو ثلاثاً : أنت طالق إن كلمت فلانا، ويدخله الخلاف المتقدم .

وقوله : (**بِخِلافِ الْيَمِينِ بِاللَّهِ والظِّهَارِ**) أي: فإنه محمول على التأكيد ما لم ينو كفارات ، وقد تقدم الفرق بين ذلك في باب الأيمان، قال في « المدونة »[1] : ولو قال: أنت طالق أنت طالق أنت طالق إن كلمت فلانا ، فكلمته طلقت ثلاثاً إلا أن ينوي واحدة ويريد بالبقية إسماعها ، وذكر في « العتبية » عن مالك في هذه : أنها تطلق ثلاثاً، ويحتمل تعليقه بالشرط ندماً .

أَمَّا لَوْ كَرَّرَ مُعَلَّقاً عَلَى مُخْتَلِفٍ تَعَدَّدَ ولا يُنَوَّى

كما لو قال :إن كلمت زيداً فأنت طالق وإن خرجت اليوم فأنت طالق ، وإن لبست الثوب الفلاني فأنت طالق ، فلبست الثوب وخرجت ذلك اليوم وكلمت زيداً ، وإنما لم ينوّ هذا لأنه مع الاختلاف ولا يحتمل التأكيد .

إِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِها وكَانَ مُتَتَابِعاً فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ كَذَلِكَ وإِلا فَوَاحِدَةٌ

أي : فإن كانت الزوجة غير مدخول بها وكان كلامه متتابعاً فإن قال : أنت طالق أنت طالق أنت طالق نسقاً ، فالمشهور أنه كذلك تلزمه الثلاث إلا أن ينوي التأكيد ، واحترز بمتتابع مما لو لم يتابعه فإنه لا تلزمه إلا واحدة بالاتفاق لبينونتها بالأولى فلا تجد الثانية لها محلاً وإليه أشار بقوله : وإلا فواحدة .

ومقابل المشهور للقاضي إسماعيل ،ومنشأ الخلاف: هل الكلام لآخره ؟ وكأنه قال : أنت طالق ثلاثاً ، أو بمجرد قوله : أنت طالق ، قد بانت فلا يمكن وقوع الثانية بدليل أن له أن يتزوج خامسة وأختها بإثر نطقه بالقاف من قوله : أنت طالق من غير مهلة ، ومثل هذه المسألة ما لو أتبع الخلع طلاقاً هل يلزمه أم لا ؟

---

(١) « المدونة » (٥/١٠٤) .

فرع :

واختلف إذا قال: أنت طالق ثلاثاً أنت طالق إن فعلت كذا ، فقال مالك : يلزمه بقوله الأول ، والثاني ندم .

وقال ابن القاسم : يحلف ما كان ذلك منه إلا تكرارا ثم هو على يمينه ، اللَّخْمِيّ: وهو أبين .

وَبِالْفَاء وثُمَّ ثَلاثٌ - في الْمَـدْخُول بها ولا يُنَوَّي - ، ووَاحِدَةٌ في غَيْـرِهَا ، قَالَ مَالكٌ : وفي النَّسَقِ بَالواو إِشْكَالٌ ، قـال ابن القَاسِم : رأيت الأغلب عليه أنـه مِثْل ثُمَّ ولا يُنوّي وهو رأيى...

يعني : إذ كرر الطَّلاق (**بالْفَاء**) أو (**ثُمَّ**) فقال : أنت طالق فطالق ، أو أنت طالق ثم طالق ثم طالق فتلزمـه ثلاث في المدخول بها ولا يُنوّي في إرادة الواحـدة ، وهكذا قال في « المدونة » ، وقيل : يُنوّي في العطـف بالفاء أو ثم، ووجهه أن العطف قـد سمع في التأكيد كـقولك : والله ثم والله لأفعلن ويلزمه طلقة واحدة في غـير المدخول بها ، وهكذا قال في « الجواهر » ، ولم أر نصا يوافقهما .

ووجهه: ما قالا أن غير المدخول بها تبين بالواحدة والعطف بثم أو بالفاء يقتضي التراخي وقد يعترض على ذلك بأن المهلة المستفادة منهما إنما هي في غير الإنشاء كقولنا في الإخبار: طلقت فلانة ، ثم طلقـتها يخبر بـذلك على أمر قد وقع وأما إذا كان الـكلام إنشاءً فلا ؛ لاستلزام الإنشاء الحال على أن الفاء وثم قد لا يـأتيان للترتيب كما في الحديث : « **توضـأ فغسل وجهه ويده ومسح رأسه وغسل رجليه** » .

وكقول الشاعر[1] :

جرى في الأنابيب ثم اضطرب

وقوله : (**قَالَ مَـالكٌ : وفي النَّسَق بالواو إِشْكَالٌ** . . إلى آخره) ، يعني: أن مـالكا رحمـه الله قال : وفي العطف بالواو إشكال ، هل ذلك كـالفاء ، وثم فيلزمـه الثلاث في المدخول بها أو لا يُنوّي لأن العطف يقتضي المغايرة أو لا تلزمه إلا واحدة .

والفرق بين الفاء وثم وبيـنها أن الواو لمطلق الجمع لا للترتيب ولا للمـعية ، فكأن ذلك

---

(١) هو : حميد بن ثور بن حزن الهلالي ، العامري ، أبـو المثنى ، شاعر مخضرم ، شهد حنينا مع المشركين ، وأسلم ، ووفد على النبي ﷺ ، ومات في خلافة عثمان وذلك سنة ٣٠هـ.

كغير العطف ، هذا تقرير الإشكال وهو يدل على سعة علم مالك بالعربية ، وتبحّره فيها، ولا يقال العطف يمنع التـأكيد ، ويوجب أن يكون ذلك كـ (ثم) ، لأن القاضي إسـماعيل حكى أن الرجل من العرب يقول : أنت محسن وأنت محسن يريد الإحسان الأول .

ولما كان هذا مرجوحاً كان الأغلب على مالك أنها كـ (ثم) فتلزمه الثلاث ولا ينوي وهو رأى ابن القاسم .

وحكى ابن شعبان قولاً: أنه يُنوّي في النسق بالواو .

ورأى اللَّخْمِيُّ أنه يُنوّي في العطف بالواو إذا جـاء مستفتيـاً ، قال : وليس قُبْحُ عطْفِ الشيء على نفْسِهِ مما يوجب عليه طلاقاً لم ينوه .

وروي عن الحسن في من قال لامرأته : أنت طالق فاعتدِّي ، فهي واحدة ، وإن قال : أنت طالق واعتدى ، فهي اثنتان ، وقال ابن القاسم في « المجموعة » : إذا قال أنت طالق واعتدى فهي طلقتان ولا يُنوّي وإن قال : أنت طـالق اعتدى ، أو أنت طالق فاعتدى لزمه اثنتان ، إلا أن ينوي واحدة .

عبـد الحق[1] : والذي تقدم للحسن إذا قال: أنت طالق فاعتدى، أنها واحدة أصوب ، ونقل اللَّخْمِىّ عن ابن عـبد الحكم مثل قول الحـسن ؛ فقال : وقال ابن عـبد الحكم : إذا قال: أنت طالق اعتدى ، أو فاعتدى ليس عليه إلا طلقةٌ بائنة .

اللَّخْمِيُّ : وهو أبين ، أى : من قول ابن القاسم .

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَهُ لأَجْنَبِيَّةٍ ، وقَالَ : إِنْ تَزَوَّجْتُكِ

يعـني : أن حكم الأجنبية في التعليق حكم الزوجة ، فإذا قال : أنت طالق طالق إن تزوجتك، لـزمه الثلاث إلا أن ينوي واحـدة وإذا عطف بالفاء أو بـ (ثُم) لـم يلزمه إلا واحدة .

أَمَّا لَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ طَلْقَتَيْنِ ، وشِبْهِهِ وَقَعَتِ الثَّلاثُ فِيهِمَا

أي : في المدخول بهـا وغيرها (**وشِبْـهِهِ**) أى مما يدل على المعينة كقـوله : مصحوباً أو مقروناً بطلقتين ، أو : أنت طالق فوق طلقتين وإن قال : أنت طالق قبل طلقة ، أو : بعد طلقة ؛ طلقت اثنتين .

---

(١) « النكت والفروق » (١/٢٥٥) .

قال في « الجواهر » (١): ولو قال أنت [طالق طلقة](٢)مع طلقة أو معها طلقة أو تحت طلقة وقعت طلقتان بعد الدخول كان ذلك أو قبله .

ولو قال للمدخول بها: أنت طالق قبل طلقة أو بعد طلقة أو بعدها طلقت طلقتين .

ابن عـبد السـلام : وقيد بعضهم مسائل القـبلية والبعدية بالمدخول بها ، ولا يظهر هذا التقييـد بأن اجتماع الطلقتين والطلقات حصل في كـل واحدة من الصور إما بلفظ مع وهو ظاهر وإما بلفظ قبل أو بعد وهو كحرف العطف وقد سبق .

وَالتَّجْزِئَةُ تُكَمَّلُ ويُؤَدَّبُ

يـعـنـي : من جزأً الطَّلاق فـقال : أنت طالق نصف طلقة أو ربع طلقة أو غـيرها من الأجزاء كملت عليه تلك الطلقـة؛ لأن الطلقة لا تتبعض كما كملناها للعـبد وجعلنا طلاقه اثنتين وكما كملنا عدة الأمة وجعلناها حيضتين ، ورأى بعض الأئمة خارج المذهب: أنه لا يكمل عليه الطلقة .

ابن القاسم وغيره : ويوجع ضرباً وهو معنى قوله : (**ويُؤَدَّبُ**) قالوا: لأنه ليس على أحكام المسلمين .

ابن عبـد السلام : ويحتمل أن يكون لمخالفـته سنة الطَّلاق ، لأن الله عزَّ وجلَّ بيَّن عدد الطَّلاق وزمانه ، وقـال بعد بيـان زمانه : ﴿ **وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ**﴾ [الطلاق: ١] .

أَمَّا لَوْ قَالَ : نِصْفَيْ طَلْقَةٍ ، أَوْ نِصْفَ طَلْقَتَيْنِ فَوَاحِدَةٌ

لأنه إذا قال : نصفي طلقـة فقد أتى بمجموع أجزاء طلقـة فكان كمن قال : أنت طالق طلقة ، وإذا قـال : نصف طلقتين، احـتمل أن يريد طلقـة واحدة ؛ لأنها نصـف طلقتين طلقة وهو المتبادر إلى الفهم ، واحتمل أن يريد نصف كل طلقة .

وعلى هذا الاحتمال فكان يلزمه اثنتان غير أنه مرجوح فلذلك لم يعتبر .

---

(١) « الجواهر » (٢/ ١٩٥) .

(٢) في ط : طالقة .

وَقَالُوا فِي نِصْفٍ ورُبُعِ طَلْقَة : طَلْقَةٌ ، وفِي نِصْفِ طَلْقَةٍ ورُبُعِ طَلْقَة : طَلْقَتَانِ

كأنهم رأوا في المثال الأول أن الجزأين أو الأجزاء راجعان إلى ماهية واحدة فتلزمه طلقة واحدة ، ومثال آخر : لو قال أنت طالق نصف وربع وثمن طلقة .

ورأوا في المثال الثاني إذا أضاف كل جزء إلى طلقة لتعدد لأن الاسم إذا كرر بلفظ التنكير كان محمولاً على التعدد بخلاف تكرير المعرفة أو إعادة النكرة بلفظ المعرفة فإن ذلك محمول على عدم التعدد ، مثال تكرير النكرة والمعرفة قوله تعالى : ﴿ فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا ۝ إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا ﴾ [الشرح:٥-٦] ولهذا قال عليه الصلاة والسلام : « **لن يغلب عسر يسرين** » .

ومثال إعادة النكرة بلفظ التعريف: قوله تعالى : ﴿كَمَا أَرْسَلْنَا إِلَىٰ فِرْعَوْنَ رَسُولاً ۝ فَعَصَىٰ فِرْعَوْنُ الرَّسُولَ ﴾ [المزمل:١٥-١٦] .

ويلزم على هذا لو قال : أنت طالق نصف طلقة وربع الطلقة أنه لا يلزمه إلا واحدة ، وكأن المصنف استشكل الفرق بين المثالين ألا ترى إلى قوله : (**قَالُوا**) لأن النصف في المثال الأول مضاف في التقدير إلى مثل ما أضيف إليه الربع كما في قول الشاعر :

بين ذراعي وجبهة الأسد

والمنوي عند أئمة اللسان في حكم الملفوظ به ، فلا فرق بين المثالين على هذا التقدير ، وانظر لو ذكر في المثال الأول أجزاء تزيد على طلقة هل تلزمه طلقتان ؟ أو يكون ذلك قرينة في أن كل جزء يختص بطلقة كما لو قال : أنت طالق نصف وثلث وربع طلقة .

وَلَوْ قَالَ : الطَّلَاقُ كُلُّهُ إِلا نِصْفَ الطَّلَاقِ فَثَلاثٌ ؛ لأَنَّ مَعْنَاهُ : إِلا نِصْفَ كُلِّ طَلْقَة

لأنه لما أكد الطَّلاق الأول بقوله : (كُلُّهُ) ، ولم يؤكد الطَّلاق الثاني ، ولا أتى به بضمير كان ذلك قرينة تدل على أن المراد بالثاني غير الأول ، والأول الطَّلاق المحمول على الثلاث فيتعين أن يكون المراد بالثاني الطَّلاق المحمول على الواحدة فيصير كأنه قال : أنت طالق طلقتين ونصف أو أنت طالق الطَّلاق كله إلا نصف طلقة ، ولعل هذا أقرب من تعليل المصنف أن معناه إلا نصف كل طلقة ولو قيل في المثال المذكور بلزوم طلقتين فقط ما بعد ، ومقتضى كلامه في « الجواهر » [١]: أنه قول منصوص ؛ لأنه قال : وإن قال

(١) « الجواهر » (٢/١٩٥) .

الطَّلاق كله إلا نصف الطَّلاق لزمه طلقتـان ولو قال : إلا نصف الطَّلاق وطلقت ثلاثاً من جهة أن هـذا الطَّلاق يصح أن يكون واحدة فيصـير كأنه استـثنى نصف طلقة فتصـير ثلاثاً وقيل : يصح أن تكون هذه المسألة كـالتي قبلها وتكون الألف واللام في الطَّلاق للجنس ، انتهى .

وَلَوْ قَالَ لأَرْبَعٍ : بَيْنَكُنَّ وَاحِدَةٌ إِلَى أَرْبَعٍ ؛ طُلِّقْنَ طَلْقَةً طَلْقَةً

قـوله : (**إِلَى أَرْبَـعٍ**) أي إلى أربع طلقات لأنه إذا قـال لأربع : بينكن طلقة ناب كل واحدة ربع طلقـة ، ولو قال : بينكن طلقـتان ناب كل واحدة نصف طلقـة ، وإن قال : بينكن ثلاث ، ناب كل واحـدة ثلاثة أرباع الطلقة فـيكمل لكل واحدة طلقـة طلقة ، وإن قال: بينكـن أربع ناب كل واحدة طلقة كـاملة ، وهذا مذهب « المدونة » وهو مـبني على اعتـبار أنه يحصل لكل واحـدة من الجملة ، وقيل : يعتـبر ذلك من كل طلقة ، فـإن قال لأربع : بينكن أربع ؛ طلقن ثلاثاً ثلاثاً ؛ قال في « البيان »[١] : وهذا الخلاف مبني على الخلاف في من صـرف دراهم بدنانير فيوجـد فيها درهم زائف ، هل ينتـقض صرف دينار واحد أو الجمـيع ؟ وعلى الأول فإن قال لأربع : بينكن خـمس إلى ثمان ، وقع على كل واحدة اثنتان وإن قال تسع إلى اثنتى عشرة بانت كل واحدة بثلاث .

وَقَالَ سَحْنُونٌ : إِذَا قَالَ : شَرَكْتُكن طُلِّقْنَ ثَلاثاً ثَلاثاً

هذا الفـرع لسحنون في كـتاب ابنه ، ونصَّ في الكتـاب المذكور على مـوافقة سـحنون للمذهب في المسألة الأولى ، والفرق بينهما عنده أن الشركة تقتضي الاشتراك في أجزاء كل طلقة بخلاف ما إذا قال : بينكن يقسم الجملة المسماة عليهن .

ابن يـونس[٢] : ولو قال قائل : إن الفرعين سواء ؛ لم أعبه إذ لا فرق بين (بينكن) أو (شرَكْتُكن) .

ونسب المصنف هذا الفرع لسحنون لاحتمال أن لا يوافق عليه ابن القاسم .

وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثاً ولأُخْرَى : وَأَنْتِ شَرِيكَتُهَا ، ولأُخْرَى : وَأَنْتِ شَرِيكَتُهُمَا - طُلِّقَتِ الْوُسْطَى اثْنَتَيْنِ ، والأُخْرَيَانِ ثَلاثاً ثَلاثاً ....

هذا الفرع لأصبغ في « العـتبية »[٣] ، وأتى به غيـر منسوب لقائله وكـأنه عنده موافق

---

(١) « البيان والتحصيل » (٧/ ٦١) .
(٢) «الجامع» (٤/ ٥٤٩) .
(٣) « البيان والتحصيل » (٧/ ٦٢) .

لأصل المذهب ، بخلاف قول سحنون ، ووجهه ظاهر؛ لأنه طلق الأولى ثلاثاً ولما أشرك الثانية معها فكأنه ألزم نفسه فيها طلقة ونصفاً فتكمل عليه طلقتان ، ثم أشرك معها الثالثة فيخصها من الأولى طلقتان ومن الثانية طلقة .

وحكى بعضهم قولاً آخر بلزوم الثلاث في الوسطى أيضا،ولعله أخذه من قول سحنون.

وَنَحْوَ : يَدُكِ ، أَوْ رِجْلُكِ كَالتَّجْزِئَةِ

يعني : أن الطَّلاق كما يكتمل بتجزئته فكذلك يقع إذا طلق عضواً ، ولا أعلم في هذا خلافاً عندنا .

سحنون : وكذلك لو طلق ثلثها أو غير ذلك من أجزائها .

وَفِي نَحْوِ : شَعْرُكِ أَوْ كَلامُكِ قَوْلانِ

القول باللزوم لأصبغ فيهما ، قال : وشعرها من محاسنها حتى يزايلها ، قال : وكذلك ريقها .

وقاله **أَشْهَب** في الكلام ، والقول بعدم اللزوم فيهما لسحنون ، وقاله ابن عبد الحكم في الكلام ، وشبّه ابن عبد الحكم الكلام بالسعال .

محمد : وليس كلامها بمنزلة شيء من جسدها ، قال: وقد أمر أزواج النبي ﷺ بالحجاب وكان يسمع كلامهن ويكتب عنهن الحديث .

ابن عبد السلام : وقول أصبغ أظهر .

اللخمي : ولا تحرم بالسعال ؛ لأنه ليس مما يلتذ به ولا بالبزاق ؛ لأن البزاق إنما يقع على ما فارق الفم وطرح ، وتحرم بتحريم الريق ؛لأنه يقع على ما في الفم قبل المفارقة وهو مما يلتذ به .

وأما الكلام فإن قصد تحريم استماعه لم تحرم ، وإن قصد تحريم الالتذاذ به حرمت ، لاسيما إذا كانت رخيمة الكلام ، وكذلك الشعر وهو مما يلتذ به .

وأشار الباجي[1] إلى أنها لا تحرم بالدموع .

ابن عبد السلام : وحكى بعضهم في السعال والبزاق قولين ، ولم أقف في السعال للمتقدمين إلا على عدم اللزوم .

---

(١) « المنتقى » (٥/ ٤٢٢) .

وَالاسْتِثْنَاءُ مُعْتَبَرٌ بِشَرْطِ الاتِّصَالِ وعَدَمِ الاسْتِغْرَاقِ

قـد تقدم في باب الأيمان أنه يشـترط في الاسـتـثناء الاتصال ، وأنه لا يقـدح في ذلك سعال ونحوه .

وقد حكى العـلماء الإجمـاع على بطلان الاستـثناء المستغـرق ولا يقال: هذا الإجـماع منقوض بما حكاه ابن طلحـة أن المشهور في من قـال لامرأته : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً ، لزوم الثلاث .

وقـيل : لا يلزمه شيء لأن الطَّلاق والإقرارات مبنيـة على العرف ، فلعل القائل بعدم اللزوم إنما قال ذلك للعرف لا لصحة هذا الكلام في اللغة .

والاستغراق عبارة عن أن يكون العدد المستثنى منه أو أكثر .

وَلا يُشْتَرَطُ الأَقَلُّ عَلَى المَنْصُوصِ

لا يشترط في صحة الاستثناء أن يكون الباقي أكثر مما أخرج على المنصوص ، بل يجوز استثـناء الأكثر ، وحكى اللَّخْمِيّ قـولاً آخر بأنه لا يصح استثنـاء الأكثر قال : وقالـه عبد الوهاب في «مقدمة الأصول» .

اللخـمي : ويختلف في هذا إذا طلق اثنتين إلا واحـدة ،لكن الواحدة من الاثنين ليست الأقل .

وَلِذَلِكَ لَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً واثْنَتَيْنِ إِلا اثْنَتَيْنِ ، فَـإِنْ كَانَ مِنَ الجَمِيعِ فَطَلْقَةٌ وإِلا فَثَلاثٌ ...

أي : ولأجل بطلان الاستثناء المسـتغرق وصحة استـثناء الأكثر (**لَوْ قَـالَ : أَنْـتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً واثْنَتَـيْنِ إِلا اثْنَتَيْنِ**) فإن أعاد المتكلم الاستثناء إلى الجـميع لزمه طلقة واحدة ؛ لأنه أخرج اثنتين من الثلاث وإن لم يعـده للجميع بل أعاده للاثنتين لزمه الثـلاث لكونه حينئذ مستغرقاً وكذلك تلزمه الثلاث إذا أعاده للأول من باب أولى .

وَلَوْ قَالَ : ثَلاثاً إِلا ثَلاثاً إِلا وَاحِدَةً ، طُلِّقَت اثْنَتَيْنِ ، وفِيهِ نَظَرٌ ، والأَوْلَى وَاحِدَةٌ

(**طُلِّقَت اثْنَتَـيْنِ**) لأن قوله : (**إِلا ثَلاثـاً**) مستغرق فبطل ثم أخرج من الثلاث واحدة فلذلك لزمه اثنتان .

قال المصنف : (**وفي هَذَا نَظَرٌ والأَوْلَى وَاحِدَةٌ**) وكلامه يحتمل وجهين: أحدهما : أن يريد الأولى في النظر مع كونه لم ير ذلك لغيره ويحتمل والأولى مع كونه قد رآه لغيره .

وقد نقل المازري في « شرح التلقين » عن بعض العلماء ما ذكره المصنف أنه الأولى ووجهه أنه يلزم من المذهب - الأولى مخالفة قصد المتكلم ؛ لأن الناس إنما يقصدون إخراج الثالث من الثاني وعلى هذا فيكون قد أبطل الثلاث بقوله : (**إلا ثلاثاً**) ثم أثبت واحدة ، فإن قيل : يلزم على ما اختاره المصنف صحة الاستثناء المستغرق ؛ قيل : عد المصنف جميع أجزاء هذا الكلام جملة واحدة ورأى أن الاستثناء المستغرق هو الذي يقتصر المتكلم عليه ، وفي هذه الصورة لما أخرج منه واحدة لم يبق مستغرقاً وحكى المازرى قولاً ثالثاً عن بعض العلماء بإلزام الثلاث ، لأن قوله : (**إلا ثلاثاً**) لغو ، لاستغراقه ؛ وما هو لغو يُمنع الاستثناء منه وهذه المذاهب كلها مبنية على القواعد اللغوية وينبغي هنا الإقرار أن يراعى في ذلك العرف فقط .

ولَو قَالَ : ثَلاثاً إلا اثْنَتَيْنِ إلا وَاحِدَةً ، طُلِّقَت اثْنَتَيْن

لأن القاعدة :أن الاستثناء من النفي إثبات وبالعكس ، فقوله : أنت طالق ثلاثاً ، إثبات فيكون قوله : إلا اثنتين ، نفياً أخرج به اثنتين فصار اللزوم واحدة ثم أثبت أخرى بقوله : (إلا واحدة) .

وَكَذَلِكَ الْبَتَّةَ عَلَى الأَصَحِّ بِنَاءً عَلَى أَنَّهَا تَتَبعض أَمْ لا

يعني : أن الأصح أن البتة مرادفة للثلاث فإذا قال : أنت طالق البتة إلا اثنتين إلا واحدة، طلقت اثنتين وكذلك سائر الأمثلة هي كالثلاث ، وبه قال أَشْهَب وسحنون ، ولسحنون أيضاً : لا يصح الاستثناء منه فتلزمه الثلاث بناءً على أنها لا تتبعض .

فَلَو اسْتَثْنَى مِنْ أَكْثَرَ مِنْ ثَلاث ، مِثْلَ : خَمْساً إلا اثْنَتَيْن ، فَقِيلَ : ثَلاثٌ ، وقِيلَ : وَاحِدَةٌ بِنَاءً عَلَى اعْتِبَارِ الزَّائِد أَو الْغَايَة وعَلَيْهِمَا : أَرْبَعاً إلا ثَلاثاً ، أَوْ مائَةً إلا تِسْعاً وتِسْعِينَ ....

نحوه في « الجواهر »[1] ومعنى إلغاء الزائد أو اعتباره: أنه ليس في الشرع إلا ثلاث تطليقات ، فهل يكون ما زاد عليها ملغي ؟ ويعد المتكلم كأنه لم يتكلم به؛ لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حسا ، وهو قول سحنون الأول ، أو يقال : المتكلم قصده فلا يلغي ، وهو

(١) « الجواهر » (٢/١٩٦) .

الذي رجع إليه سحنون في «المجموعـة »، وهو الأقرب لما قدمنا أنه ينبغي الرجوع في هذا الباب إلى العـرف ، ولأن محاشـاة الزوجة في : الحلال عليَّ حـرام ؛ يصح على المذهب كما تقدم في باب الأيمان ، وإن كان غير الزوجة لا يصح أن يراد شرعاً .

قوله : (**فَقِيلَ : ثَلاثٌ**) أي بناءً على اعتبار الزائد ، (**وقِيلَ : وَاحِدَةٌ**) بناءً على الغاية؛ لأن مـا زاد على الثـلاث عند هذا القائـل ملغي فكان كمـن استـثنى الاثنتين من الثـلاث وعليهمـا أربعاً إلا ثلاثاً فعلى اعتـبار الزائد تلزمه واحدة وعلى الغايـة تلزم الثلاث ، ومثّل بتسع وتسعين أيضاً ، ولم يكتف بالمثالين الأولين إشارة إلى أنه لا فرق بين أن تكون الزيادة في طرف المستثنى منه أو في طرف المستثنى والمستثنى منه ، والله أعلم .

ولَوْ عَلَّقَ الطَّلَاقَ عَلَى مُقَدَّرٍ فِي الْمَاضِي فَإِنْ كَانَ مُمْتَنِعاً عَقْلاً أَوْ عَادَةً حَنِثَ

أي : إذا (**عَلَّقَ الطَّلَاقَ عَلَى مُقَدَّرٍ**) أي: على فعل يقدر وقوعه على صفة في الزمان الماضي فإن كان المقدر (**مُمْتَنِعا**) في العقل أو العادة (**حَنِثَ**) مثال الممتنع عقلاً : عليّ الطّلاق لو جئـتني أمس لجمعت بين وجودك وعـدمك ، أو لجمعت بين الضديـن ، ومثال الممتنع في العادة : لو جئتني أمس لدخلت بك الأرض أو لرفعتك إلى السماء حنث ؛ لأنه حلف على ما لا يبر فيه ، ومثل ابن عبد السلام الممتنع عقلاً بما مثلنا به الممتنع عادة وليس بظاهر لأن العقل يجوز كل شيء لَو فُرض لم يلزم منه محال لِذَاته .

وَكَذَلِكَ الشَّرْعِيُّ ، مِثْلُ : لَوْ جِئْتُ أَمْسِ لأَقْتُلَنَّك عَلَى الأَصَحِّ و مَا لَمْ يَقْصِدْ مُبَالَغَةً فِي جَائِزٍ فَكَالْجَائِزِ ....

أي : وكذلك يحنث في الممتنع شرعاً (**عَلَى الأَصَحِّ**) ومثاله ما ذكر ، والأصح مذهب « المدونـة »[1] قال فيها في من قـال لرجل : امرأتي طالق لو كنت حاضراً لشرّك مع أخي لفقأت عينك: هو حانث لأنه حلف على شيء لا يبر فيه .

ونقل حمديس عن مالك قـولاً آخر في هذه المسألة بعدم الحنث ، ووقع لمالك في رجل جذب ثوب آخر فقال : امرأتي طالق لو شققته لشققت بطنك ، أنه قال : يستغفر الله ولا شيء عليه .

ابن بشير : ولم يذكر عليه يميناً ونقل ابن راشد أن ابن يونس[2] نقل في هذه المسألة أن

---

(١) « المدونة » (٥/ ٥) .

(٢) «الجامع» (٤/ ٥٤٦) .

مالكاً قال : يحلف بالله لو خالف ليفعل ثم لا شيء عليه ، وقال ابن القاسم : لا يعجبني وهو حانث كالذي حلف :لو كنت حاضراً لشرِّك مع أخي لفقأت عينك ، ولم أر ما نقله في ابن يونس عند كلامه على هذه المسألة .

عياض : ولو حلف على مثل هذا فيما يأتي لا يختلف في أنه لا يمكن من ذلك ، وتطلق عليه إلا أن يتجرأ فيفعله قبل فيبر في يمينه ، وأما ما يمكن فعله أو يباح في المستقبل فلا يحنث بالاتفاق .

وقوله : (**لأَقْتُلَنَّك**) صوابه لقتلتك بلفظ الماضي ؛لأن (لو) لا يكون جوابها إلا ماضياً كما قُرر في علم العربية قاله ابن عبد السلام .

وجوابه: إن لأقتلنك جواب قسم محذوف ، وقوله : (**مَا لَمْ يَقْصِدْ**. . . إلى آخره) يعني في جائز عقلاً فيكون كالجائز شرعاً فلا يحنث به على أحد القولين في الجائز ، وإنما يحنث إذا أراد حقيقة الفعل .

ابن بشير : وإذا أخرجت الأيمان على قصد المبالغة والتفتنا إلى المقاصد لم يقع حنث وإن لم يحصل جميع ما يتناوله اللفظ ، وإن التفتنا إلى الألفاظ وجب الحنث ، واستدل من التفت إلى المقاصد بقوله ﷺ في أبي جهم : « **لا يضع عصاه عن عاتقه** » ومن هذا أن يحلف أن هذا الطير لا يسكت ، وإنما يريد كثرة صياحه ، انتهى .

وعلى هذا فيكون قوله : (**كَالْجَائِزِ**) أي: فيجري فيه قولان ، ولم يحك ابن بشير في هذه المسألة خلافاً بل قال : وإن شرطه بصفة ممتنعة عادة أو شرعاً كقوله : لو جئت أمس لأدخلنَّك ، يريد في الأرض أو لأقتلنك ، فإن أراد حقيقة الفعل حنث ، وإن أراد المبالغة لم يحنث .

وقال ابن عبد السلام : يعني: ما لم يقصد في كل واحد من القسمين السابقين ، أو في أحدهما المبالغة فيعبر مثلاً عن القصاص الذي وجب لأخيه على هذا المحلوف عليه بالقتل أو بالدخول في الأرض وما أشبه ذلك ، وهو مراده بقوله : (في جائز منكراً) احترازاً من أن يعبر بذلك عن ممتنع شرعاً أيضاً أو عادة كضربه ألف سوط مثلاً ، فإذا عبر بذلك عن جائز شرعاً أو عادة وهو الذي يلي هذا الكلام .

قال ابن عبد السلام : وعلى هذا فاستعمال المصنف الجائز في القدر المشترك بين الجائز في الثلاثة وقد اجتمعت الثلاثة في قوله .

وَإِنْ كَانَ جَائِزاً مِثْل : لَوْ جِئْت أمس لأَقْضِيَنَّك حَقَّكَ حَنِثَ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ

لما شبه بالجائز أراد أن يبين حكمه ، فإن قيل : لا نسلم أن هذا جائز شرعاً بل واجب، قيل : المسألة أعم من الوجوب والجواز ، لاحتمال أن يكون الدين لم يجب قضاؤه وحينئذ إما لأن الرجل لم يحل أو لغير ذلك .

وفي قوله : (**عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ**) إشارة أنه لا يحنث عند غيره ، وهو كذلك فإن عبد الملك قال : لا يحنث ، ورأى ابن القاسم أنه لما احتمل أن يقضيه وحصل الشك فتطلق عليه إذ لا يقدم على فرج مشكوك فيه ، ورأى عبد الملك أن الشك لا عبرة به استصحاباً للعصمة المحقق وجودها .

وقوله : (**لأَقْضِيَنَّك**) ، هو كقوله : (**لأقتلنَّك**) .

وإِذَا عَلَّقَهُ عَلَى مُسْتَقْبَلٍ فَإِنْ كَانَ مُمْتَنِعاً مِثْل أَنْت طَالِقٌ إِنْ لَمَسْتِ السَّمَاءَ لَمْ يَحْنَثْ عَلَى الأَصَحِّ ، وكَذَلِكَ إِنْ شَاءَ هَذَا الْحَجَرُ أَوِ الْمَيِّتُ أَوْ زَيْدٌ فَمَاتَ ....

لم يحنث على الأصح لأنه علق الطَّلاق بشرط لا يوجد والمشروط لا وجود له بدون شرطه ، وحنث في مقابل الأصح إما لهزله وإما لأنه لما طلق ندم فعلقه بلمس السماء ونحوه ، والأصح قول ابن القاسم في «المدونة »، ومقابله لسحنون ، وروى مثله عن ابن القاسم ، ومثل : (إن لمست السماء) ،(إن ولجت في سم الخياط).

قوله : (**أو الحجر**) الأصح فيه مذهب « المدونة » ، ومقابله لسحنون ، وذكر عبد الوهاب[1] في ذلك روايتين وقال : اللزوم أصح .

وقال المازري : المشهور لزوم الطَّلاق وفيهما نظر لمخالفة «المدونة» والله أعلم .

وقوله : (**أَوْ زَيْدٌ فَمَاتَ**) يريد ولم يشأ ففي «المدونة »: وإن مات فلان قبل أن يشاء وقد علم بذلك أو لم يعلم أو كان ميتاً فلا حنث عليه ، ونص اللَّخْمِيّ على أنه إن مات فلان قبل أن يقضي أو يعلم هل قضى بشيء أم لا ؟ لأنه لا شيء على الحالف .

وفي « **الكافي** »[2]: إن علق المشيئة بآدمي ، لم تطلق حتى يعلم أنه شاء ، فإن لم يعلم مشيئته لم تطلق عليه .

---

(١) « المعونة » (٥٥٦/١) .

(٢) « الكافي » (ص / ٢٦٨) .

ابن عبد السلام : والأقرب أنه إن علم أن فلاناً نظر في اليمين ولم يعلم هل شاء الطَّلاق أم لا ؟ أن يجري على الشك في الحنث كما سيأتي .

فَإِنْ كَانَ مُتَحَقِّقاً ويُشْبِهُ بُلُوغهُمَا عَادَةً مِثْلَ : إِنْ مَضَتْ سَنَةٌ أَوْ بَعْدَ سَنَة ، أَوْ إِذَا مَاتَ فُلانٌ ، أَوْ قَبْلَ مَوْتِي بِشَهْرٍ حَنِثَ نَاجِزاً ثُمَّ لا يَحْنَثُ فيه بَعْد لأَنَّهُ عَجَّلَ حِنْثَهُ

أي : فإن كان الشرط المستقبل المعلق عليه الطَّلاق محقق الوقوع وهو مع ذلك يشبه حال الزوجين مع البلوغ في العادة مثل : أنت طالق (**إِنْ مَضَتْ سَنَةٌ أَوْ بَعْدَ سَنَة**) أو (**قَبْلَ مَوْتِي بِشَهْرٍ حَنِثَ نَاجِزاً**) أي: حين التعليق لأنه شبيه بنكاح المتعة في توقيت الحلّ ، وخالف في ذلك جماعة من أهل العلم ورأوا عدم اللزوم؛ لأن الطَّلاق معلق على شرط غير محقق الوقوع لاحتمال ألا يبلغ كل من الزوجين أو أحدهما الأجل المذكور ، وتقدير هذا في المثال الثالث وهو إذا مات فلان أظهر ، إذ من الممكن حياته بعد كل منهما لا سيما إذا كان أصغر .

وأيضاً فالفرق بين هذا ونكاح المتعة :أن توقيت الحل في نكاح المتعة واقع في العقد بخلاف هذا والمفسد إنما هو ما وقع في العقد لا ما تأخر عنه وخالف أَشْهَب في المثال الآخر غير أنه ذكره فيما إذا قال : قبل موتك بشهر على ما نقله اللَّخْميّ وغيره لكن لا فرق بين أن يكون قبل موتي أو موتك على ما نص عليه في « المجموعة » .

وقوله : (**لا يَحْنَثُ فيه بَعْد**) أي: إذا عجلنا عليه الطَّلاق ثم جاء الأجل فلا يحنث به أيضاً لأنه لما عجلناه لم يبق شيء حتى يقع عند الأجل .

وَمِثْلُهُ : أَنْت طَالِقٌ إِنْ لَمْ أَمسَّ السَّمَاءَ ، وشِبْهِه

أي : (**وَمِثْلُهُ**) في التنجيز ، والتنجيز هنا واضح في المثال السابق يحتمل أن يموت كل من الزوجين قبل بلوغ الأجل فكان من الطَّلاق بالشك ، وأما هنا فالطلاق واقع وإنما يرفعه حصول شرط لا يمكن أن يقع ولهذا اتفق هنا على وقوع الطَّلاق ، حكى ذلك ابن بشير .

وشبه (**إِنْ لَمْ أَمسَّ السَّمَاءَ**) أنت طالق إن لم أشرب البحر أو أحمل الجبل .

وَفي مِثْلِ : إِنْ أَكَلْت ، أَوْ شَرِبْت ، أَوْ قُمْت ،أَوْ قَعَدْت ، مِمَّا لا صَبْرَ عَنْهُ ، ثَالِثُهَا : إِنْ أَسْنَدَهُ إِلَى غَيْرِه فَمِثْلُ إِنْ مَاتَ ، وإِلا فَمِثْلُ إِنْ دَخَلْت ...

يعني : أنه اختلف إذا قال : **(إن أكلت)** أنا **(أو شربت)** أو أكل فلان أو شرب أو نحو

ذلك من الأفعال التـي لا صبر عنها فأنت طالق فـتأول اللَّخْمِيّ وابن يونس وغيـرهما على «المدونة» أنهـا تطلق عليه في الحـال ، وذهب ابن محـرز وغيـره إلى أن ظاهر «المدونة» خلاف هذا ولا تطلق عليه حتى يفعل ما حلف عليه لقوله فيها : إذا قال لها : إن أكلت أو شربت أو لبست فأنت طالق ، أنها أيمان .

وحملها الأولون على ما إذا قيد يمينه بزمن يمكن الصبر فيه على المحلوف به .

وهذان القولان الأولان من كلام المصنف ، وقد تقدم أن مثل هذا لا ينبغي عدَّه خلافاً.

خليل : وفي قول من حمل «المدونة» على عدم التنجيز بعد ؛ لأنه إذا كان المشهور فيها إذا علقه على الحيض أو الطهر ، التنجيز كـما سيأتي ، فلأن ينجز هنا من باب الأولى وما يفرق به بينهما بأن الفعل هنا داخل تحت المشيئة بخلاف الحيض والطهر ليس بظاهر .

وثالثها إن أسنـدها إلى غيره كانت طالقا إن قـام فلان أو أكل فمثل (إن مـات) فينجز؛ لأن الغيـر لا يصبـر لحلفه ، (وإلا) ، أي : وإن علقه بفـعله فمثل إن دخلت فلا ينتـجز لاحتمال اختياره الصبر عن ذلك الفعل ولو أدّاه إلى الموت .

اللَّخْمِيّ : وهذا إذا لم يضرب أجلاً أو ضرب أجلاً لا يمكنه الصبر إليه وإن كان مما يمكن الصبر إليه لم يحنث .

وَإِنْ كَانَ مِمَّا لا يُشْبِهُ بُلُوغُهُ لَمْ يَحْنَثْ عَلَى الأَصَحِّ

هذا قسيم قوله : **(وإن متحققاً ويشبه بلوغهما عادة)** .

وفي «الجـلاب»[1] : وإن طلقها إلى أجل لا يبلغه عـمره مثل قوله : أنت طالق بعد ألف سنة وما أشبه ذلك من الزمان البعيد فإنه يتخرج على روايتين :

إحداهما : أنها تطلق عليه في الحال .

والأخرى : أنها لا تطلق عليه بحال .

وبعدم الحنث قـال ابن القاسم في «العـتبـية»[2] وابن الماجـشون وعـيسى ، قـال في «الكافي»[3] : هو القياس .

---

(١) «التفريع» (٢/١٨) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٦/٢٢٣) .

(٣) «الكافي» (ص/ ٢٦٩) .

قال في « البيان »[1] : وعليه فالمعتبر الأعمار التي يعمر إليها المفقود على الاختلاف بينهم في ذلك .

واللزوم مبني على أن قوله : بعد ألف سنة ؛ كالندم والاستدراك .

فإن قيل : إذا كان هذا قسيماً لقوله : (**يشبه بلوغهما**) فلم ثني الضمير أولاً وأفرده ثانياً ؟

قيل : لأنه لو ثناه ثانياً لتوجه النفي على مجموع الجزأين لا على كل واحد منهما ، والمراد إنما هو لا يبلغه أحدهما فأفرد الضمير وخص الرجل دفعاً لذلك ؛ ولأنه لزم أن يكون الحكم كذلك في المرأة لأنه إذا لم يلزم الطَّلاق لعدم بلوغ عمر الرجل لذلك الأجل المضروب لعدم المطلّق فكذلك لا يلزم لعدم بلوغ عمر المرأة لعدم وجود محل الطَّلاق على أنه يمكن أن يكون الضمير في بلوغه عائد على أحد الزوجين لا بعينه ، ويمكن أن يكون الضمير في بلوغه عائداً إلى الأجل ، ويقرأ على هذا بلوغه بفتح الغين ، ويكون التقدير وإن كان مما لا يشبه حالة الزوجين بلوغ الأجل لم يحنث ، وهذا أظهر والله أعلم .

ورَجَعَ مَالِكٌ إِلَى أَن إِذَا مِتُّ مِثْلُ إِنْ مِتُّ فِي أَنَّهُ لا يَحْنَثُ ، بِخِلافِ يَوْمَ أَمُوتُ

حاصله: أن للتعليق على موته ثلاث صور ، إن مت فأنت طالق ، لم تطلق عليه لأنه علق الطَّلاق بموته ولا يطلق على ميت .

اللَّخْمِيّ وغيره : إلا أن يريد أنه لا يموت ويعاند في ذلك فيحنث ، وإن قال : يوم أموت حنث ناجزاً لتعليقه على أجل لابد منه قال في « المدونة » ، وقال أَشْهَب : لا شيء عليه في مسألة يوم أموت .

واختلف قول مالك في :إذا مت ، هل ذلك بمنزلة إن أو يوم ؟ لأن إذا ظرف وشرط فإن غلبنا الظرفية كانت كـ (يوم) ، وإن غلبنا الشرطية كانت كـ : (إن) .

اللخمي : ويلزم مثل هذا الخلاف إذا قال : إن مت وقد اختلف في من قال لعبده : إن بعتك فأنت حر ، ولزوجته : وإن خالعتك فأنت طالق البتة ؛ فباع أو خالع فقيل : يحنث فيهما ، فيعتق العبد ويرد ما أخذ في الخلع والعتق ، والحنث سبق البيع والخلع ، وقيل : لا شيء عليه لأن العتق والبيع قبل الحنث وهو أحسن .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٦/ ٢٢٣) .

وإنْ كَانَ مُحْتَمَـلاً غَالباً مثْلَ : إذَا حضْت أوْ طَهُرْت ، تَنجزَ عَلَى الْمَشْـهُور كَالْمُحَقَّق ، وقَالَ أشْهَبُ : لا يَتَنَجَّـزُ ، وقَالَ أَصْبَغُ : إنْ كَانَ عَلَى حِنْث تَنَجَّزَ ، وعَلَى الْحِنْث في افْتقَاره إلَى حُكْم قَوْلانِ ....

هذا قسيم قوله أولاً : **(فإن كان متحققاً)** أي: وإن لم يكن متحققاً بل (**كَانَ مُحْتَمَلاً غَالباً**) فالمشهور أنه يتنجز .

وقال أشهب : لا يطلق عليه وينتظر ما علق عليه من حيض أو طهر، وبه قال عبد الملك والمخزومي وابن وهب وابن عبد الحكم ، وكلا القولين مروى عن مالك .

ومنشـأ الخـلاف: هل الغالب كالمحقق أو كالمحتمل غـير الغالب ؟ فيتوقف على الشرط كما لو قال : أنت طالق إن دخلت الدار ، وفرق أصبغ فقال: كالمشهور إن كانت يمينه على حنث وكقول أَشْهَب: إن كانت يمينه على بر .

ابن عبـد السلام : والمثال الذي ذكره المصنف ـ يعني : إذا حضت أو طهرت ـ مما يعسر تصور القول الثالث فيه .

خـلـيـل : وليس بعسيـر ومثاله : إن لم تحيضي فـأنت طالق ؛ فإنه علق الطَّلَاق على الطهـر، أو : إن لم تطهري ؛ فـإنه علقـه على الحـيض ، وإن أراد بالحنث والبر خـلاف المصطلح عليه في كلام الفـقهاء فيحتـاج إلى ثبوته أولاً ليتكلم عليه ثانياً ، وسلـم جماعة قول أَشْهَب في : إذا حضت ، واستشكلوا قوله في : إذا طهرت ؛ لأنه محقق .

وعلى هذا ففي تمثيل المصنف للغالب بالطهـر نظر ؛ لأنه محقق إلا أن يقال : إنما ذكره ليبين أن أَشْهَب قائل بعـدم التخيير في الطهر والحـيض لا لأنه من صورة المسألة ، وأجاب التونسي عن أَشْـهَب بأن الطهر ليس بمحقق لأن الموت قـد يتأتى قبل انقضـاء الحيض وهو ضعيف فـإن احتمال الموت ملغي إذا قـال : بعد شهر ، إلا أن يقـال إن الجواب جار على قول أَشْهَب فيما إذا قال : قبل موتي بشهر ، فإنا قدمنا عند اللزوم في ذلك .

قوله : (**وعَلَى الْحِنْث.. إلى آخره**) أي إذا فرَّعنا على المشهور من التخيير يريد وعلى أحد شقي قـول أصبغ فاختلف فـقال مالك وابن القاسـم: يلزمه الطَّلَاق مكانه حين تكلم بذلك ولا يفتقر إلى حكم اللَّخْـمِيّ وقيل في هذا الأصل: لا يقع عليه الحنث بنفس اللفظ بل يفتقر إلى الحكم وهو أحسن ؛ لأنه أمر مختلف فيه والحكم يرفع الخلاف .

تنبيه :

هذا الخلاف إنما هو إذا كانت المرأة ممن تحيض .

اللخمي : وأما إن كانت يائسة أو شابة وهي ممن لا ترى حيضها لم يعجل بالطلاق بحال .

وَلا يَحْنَثُ فِي مِثْلِ : إِذَا حَمَلْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ، إلا إِذَا وَطِئَهَا ؛ لأَنَّهُ بِيَدِهِ ، وفِيهَا : ويُمْكِنُ مِنْ وَطْئِهَا مَرَّةً ، ولا يَحْنَثُ بِحَمْلٍ هِيَ عَلَيْهِ ...

يعني : إذا قال : إن حملت فأنت طالق ؛ فإنه لا يحنث (**إلا إِذَا وَطِئَهَا**) لأن الحمل موقوف على سبب والسبب بيد الحالف إن شاء أوقعه وإن شاء لم يوقعه وهو الوطء والضمير في قوله: (**لأنَّهُ**) يحتمل عوده على الحمل وإن لم يكن حقيقة بيد الحالف لكن سببه وهو الوطء بيده وأتى المصنف بهذا المثال في الغالب؛ لأن الغالب على النساء الحمل ثم بين وجه المخالفة بينه وبين ما تقدم بقوله (**لأَنَّهُ بِيَدِهِ**) أي: بخلاف الحيض والطهر في المثال السابق فلذلك عجلنا عليه الحنث هنالك ولم نعجله هنا .

وقوله : (**وفِيهَا : ويُمْكِنُ مِنْ وَطْئِهَا مَرَّةً**) لا خلاف في ذلك قاله ابن عبد السلام .

عياض : وقوله :لا يمنع من وطئها مرة معناه : إن لم يمكن وطؤها في ذلك الطهر ولو وطئها فيه طلقت عليه عند ابن القاسم وروايته : واختلف بعد الوطء فقال في «المدونة»[1]: يعجل عليه الطَّلاق بإثر الوطء وقال ابن الماجشون : لا يعجل وينتظر ثم يطأها في كل طهر مرة ، كقوله في « المدونة » في العتق ، وقال أشهب : لا شيء عليه حتى يكون ما شرط. ابن يونس[2] : فوجه قول ابن القاسم :إذا وطئها صار حملها مشكوكاً فيه فيعجل الطَّلاق لأن من شك هل حنث أم لا فهو حانث ، ووجه قول أَشْهَب: أن من أصله أن لا يطلق إلا على من علق إلى أجل آت لابد منه فكان هذا عنده بمنزلة من قال : إذا أتى فلان فأنت طالق ، ووجه قول ابن الماجشون أنه لا يحصل الحمل من كل وطء فوجب أن لا يطلق عليه حتى يختبر أمر هذا الوطء ، ويمسك عن وطئها إذ لا يدري هل حملت منه أم لا ؟ قياساً على الأمة ، إذ قال لها : إذا حملت فأنت حرة .

---

(١) « المدونة » (٥/ ٣٤١) .

(٢) «الجامع» (٤/ ٥٣٠) .

والفرق عـند ابن القاسم بين الأمـة والحرة أنهم أجمـعوا أنه لا يجـوز الطَّلاق إلى أجل ويجوز العتق إلى أجل .

وقوله : (**ولا يَحْنَثُ بِحَمْلٍ هِيَ عَلَيْه**) يعني: إذا قال لها : إن حملت فأنت طالق ، لا يحنث إذا كانت حاملاً وإنما يحنث في المستقبل كما ذكر وهذا تأويل الأكثر على « المدونة»، وتأولها بعضهم على أنه يحنث بحمل هي عليه .

ولا يؤخذ من كـلام المصنف أن قوله : (**ولا يَحْنَثُ بِحَـمْلٍ هِيَ عَلَيْـهِ**) أن ذلك فـي «المدونة » .

ابن عبـد السلام : ظاهر كلامه: أن هذا في « المدونة » وليس هو في « التهذيب » ليس بظاهر .

وفيهَا : إذَا حَمَلْت ووَضَعْت فَأَنْت طَالقٌ إنْ كَانَ وَطئَهَا في ذَلكَ الطُّهْر مَرَّةً حَنثَ مَكَانَهُ ولا يُنْتَظَرُ أَنْ تَضَعَ ، فَـقِيلَ : اخْـتِلَافٌ ، والصَّـحِيحُ : إنْ كَـانَ وَطِئَهَا بَـعْدَ الْيَمِـينِ ، وقِيلَ : الْقَصْدُ هُنَا الْوَضْعُ ...

أتى بهذه المســألة لمخالفتهـا الأولى أو لأنها تحتمل ذلك وكـذلك أتى بها في « المدونة » بإثر الأولى .

وقوله : (**فَقِيـلَ : اخْتِلافٌ**) ، هو مذهب اللَّخْمِيّ فإنه قال : واختلف في من قال : إذا حملت فأنت طالق ؛ وهي غـير ظاهرة الحمل ، فظهر بها حمل بعـد ذلك ، فقال ابن القاسم : لا يمنع من وطئها وإذا وطئها مرة وقع عليه الطَّلاق .

وقال أيضـاً في من قال : إذا حـملت ووضعت فـأنت طالق: إن كان وطئـها في ذلك الطهر فهي طالق مكانها لحنثه لما تقدم من الوطء قال المصنف : (**والصَّحِـيحُ**) في فـهـم «المدونة » أنها ليست خلافاً للأولى وأن في كلامـه في هذه إضمارا تقديره : إن كان وطئها في ذلك الطهر مرة بعـد اليمين حنث ، وفيما زعم أن المصنف أنه الصحـيح بعد من جهة اللفظ .

وقال ابن شـبلون : إنما المعلق عليه هنا الوضع وذلك لأن الطَّلاق مغيى بغايتين وقد علم في أصول الفقه أن الحكم المغيى بغايتين أن المعتبر منهما الأخيرة ، وأن تسمية الأولى منهما غاية إنما هو لقـربها من الأخيرة كقـوله تعالى : **﴿وَلا تَقْـرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُـرْنَ فَإِذَا تَطَهَّـرْنَ﴾** [البـقرة:٢٢٢] فالغاية الحقيقية هي التطهيـر ، ويسمى الطهر غاية إما لقربه من التطهير وإما

لكونه سبباً فيه فكأنه قال : هذا إذا وضعت وقد وجدت مظنة الحمل المسبب عنه الوضع بوطئها قبل اليمين فنجز لذلك وليس كذلك الأولى .

خليل : وعلى ما تقدم من نقل عياض أنه لو وطئ في المسألة السابقة قبل اليمين طلقت عليه في قول ابن القاسم ، وروايته تدفع المعارضة بالكلية لأن الأولى حينئذ توافق الثانية في الحنث بالوطء قبل اليمين .

وَعَلَى الْحِنْث ، لَوْ قَالَ : كُلَّمَا حِضْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : يَتَنَجَّزُ الثلاث ، وقَالَ سَحْنُونٌ : اثْنَتَانِ ....

هذا الفرع مبني على المشهور ، أي: إذا علق الطَّلاق على غالب وبنينا على المشهور من التنجيز فلو قال لها : كلما حضت فأنت طالق ، وأتى بما يقتضى التكرار ، فقال ابن القاسم: تطلق ثلاثاً ، ورأى أن الطلقة الثالثة تقع مع الحيضة الثالثة .

ورأى سحنون وقوعها بعد بينونتها بدخولها فيها فلا يقع وهو قول ابن الماجشون ، ووجه قولهما: إنه يعجل ما لو حصل زمناً كانت فيه زوجة ، وعلى هذا فسحنون موافق على التعجيل .

ونقل اللَّخميّ عن مالك في « الموازية » أنه لا يعجل عليه وإنما تطلق في الحيضة الأولى طلقة ، وفي الثانية طلقة فقط .

وقيد ابن يونس [(١)] قول سحنون بما إذا كانت طاهراً ، فقال : وقال سحنون : إذا قال لها ذلك - أي: كلما حضت - وهي طاهر لزمه طلقتان ، قال : ووجهه كأنه قال لها : إذا حضت حيضة فأنت طالق ، وإذا حضت الثانية فأنت طالق ، وإذا حضت الثالثة فأنت طالق ، وهي إذا حاضت فقد بانت منه فكأنه أوقع الثالثة بعد أن بانت منه ، فلا يلزمه ونحو هذا التعليل لسحنون ، والله أعلم .

وفيها : إنَّ (مَتَى مَا) مِثْلُ (إنْ) إلا أَنْ يَنْوِيَ بِهَا مَعْنَى (كُلَّمَا)

تقدم الكلام على هذا في باب الأيمان .

وإنْ كَانَ مُحْتَمَلاً غَيْرَ غَالِب يُمْكِنُ الاطِّلاعُ عَلَيْه، فَإِنْ كَانَ مُثْبَتا انتُظِرَ ولَمْ يَتَنَجَّزْ إلا أَنْ يَكُونَ وَاجِبا ، مِثْلَ : إِنْ صَلَّيْتِ فَيَتَنَجَّزَ إلا أَنْ يَتَحقَّقَ الْمُؤَجَّلُ قَبْلَ التَّنْجِيزِ ....

---

(١) «الجامع» (٤/ ٥٣٠) .

لما قدم الكلام عـلى المحقق والغالب تكلـم على المحتمل غـير الغالـب بشرط أن يمكن الاطلاع عليه ، ويعلم وقـوعه ثم قسَّمـه إلى قسمين أحدهمـا أن يكون مثبتـاً كقوله : إن دخلت الدار أو جاء زيد فامرأته طالق ، فهذا ينتظر بلا خلاف ، ثم استثنى من هذا القسم ما كان واجباً ، فقال : (**إِلا أَنْ يَكُونَ وَاجِباً ، مِثْلَ : إِنْ صَلَّـيْت فَيَتَنَجَّز**) لأن وجوبه يمنع من تركه فـيصيـر كالمحقق ، وهكذا قـال ابن سحنون عن أبيـه أنه لو قال : أنت طالق إذا صليت أنت أو إذا صليت أنا فهو سواء وتطلق الساعة لأنه أجل آت ولابد من الصلاة .

خلـيل : وينبغي أن يجري على الخلاف فيما لا يمكنه تركه وهو قوله : (**إن أكلـت أو شربت**) وهو مقتضى كلامه في « المقدمات »[1]، وقال ابن عبد السلام : ينبغي أن يختلف فيـه من الخلاف في الغـالب الوقوع ، وقـال ابن راشد: في قـول المصنف:(إلا أن يكون واجباً مـثل إن صليت فيتنجز) نظر؛ لأن مـذهبه في « المدونة »: أن التنجيز لا يفـتقر إلى حكم ويقع بنفس الحلف وها هنا قال إنه إن لم يصل لم يتنجـز ، والقياس أنه لا فرق بينه وبين إن دخلت لأن كلاهما يفعله باختياره وليس وجوبه مما يضره غالباً فتأمله .

قوله : (**إِلا أَنْ يَتَحَقَّقَ الْمُؤَجَّلُ**) ، مثاله لو قال : إن صليت اليوم فأنت طالق فمضى اليوم ولم يصل .

فَإِنْ قَالَ : بَعْدَ قُدُومِ زَيْدٍ بِشَهْرٍ طُلِّقَتْ عِنْدَ قُدُومِه

لأن التعليق في هذه المسألة على قدوم زيد وهو من المحتمل غير الغالب ، فلذلك انتظر وحكم بالتنجيز عند قدومه لأن الشهر أجل لابد منه .

وَإِنْ كَانَ نَفْياً يُمْكِنُهُ دَعْوَى تَحْـقِيقِه لِفِعْلٍ لَهُ غَيْرَ مُحَرَّمٍ أَوْ لِغَيْـرِه مُطْلَقاً غَيْرِ مُؤَجَّلٍ مُنِعَ مِنْهَـا حَـتَّى يَقَعَ مَـا حَلَفَ عَـلَيْه وقِيـلَ : إِلا فِي مِـثْلِ : إِنْ لَمْ أَحُجَّ ولَيْسَ وَقْتَ سَـفَـرٍ ، أَوْ لأَخْرُجَنَّ إِلَى بَلَدِ كَذَا وكَانَ الطَّرِيقُ مَخُوفاً فَيُتْرَكُ حَتَّى يُمْكِنَهُ .

هذا قسيم قوله : (**فإن كان مثبتا انتظر**) ، ومراده بالنفي أن تكون الصيغة على حنث، كقـوله : إن لم أفعل ، ومعناه لأفـعلن ، ولهذا لم يقل المصنف منفـياً ، وإن كان مـقابل قـوله: (**مثبـتاً**) وقابل اسم المفعول بالمصدر لكونه ليس منفياً في الحـقيقة ، واحترز بتمكن دعوى تحقيقه من نحو : إن لم تمطر السماء غداً ، فإنه (**يتنجز**) .

وبغير مـحرم من مثل : إن لم أشرب الخمـر فامرأتى طالق ، فإنه يتنجـز عليه لمنعه مما

---

(١) « المقدمات » (٣٠٨/١) .

حلف عليه أو لغيره مطلقاً ، أي محرماً كان أم لا ، فعلى هذا لا فرق بين إن لم يدخل زيد الدار أو لم يشرب الخمر فامرأته طالق في عدم التنجيز .

وما ذكره ليس بظاهر ، والظاهر أنه لا فرق في التنجيز في المحرم بينه وبين غيره لمنعهما معاً من ذلك ، بل ينبغي أن يكون الأمر في الأجنبي أشد ؛ لأن الزوج قد يفعل المحرم لرغبته في الزوجة وأن المشهور إنما يضرب أجل الإيلاء له إذا حلف على فعل نفسه وأما على غيره فلا ، ويتلوم له القاضي ثم يطلق عليه ، ولم يحك القرويون غيره .

وحكى صاحب « المقدمات »[1] الخلاف فقال : وحلف الإنسان بالطلاق على فعل غيره على وجهين :

الأول : أن يحلف عليه ألا يفعل فعلا مثل أن يقول : امرأتي طالق إن لم يفعل فلان كذا ، ففي ذلك لابن القاسم ثلاثة أقوال :

أحدهما : أنه كالحالف على فعل نفسه ليفعلن فيمنع من الوطء ويدخل عليه الإيلاء جملة من غير تفصيل .

والثاني : أنه يتلوم على قدر ما يرى أنه أراد بيمينه ، واختلف هل يطأ في هذا التلوم ؟ على قولين جاريين على الاختلاف إذا ضرب أجلاً ، لأن التلوم كضرب الأجل ، فإن بلغ التلوم على مذهب من يمنعه من الوطء أكثر من أربعة أشهر دخل عليه الإيلاء .

والثالث : الفرق بين أن يحلف على غائب أو حاضر ، وهو الذي يأتي على ما في سماع عيسى :

قوله : (**غَيْرِ مُؤَجَّلٍ**) ، احترازاً من المؤجل كما لو قال : إن لم أدخل الدار بعد شهر فأنت طالق ، فإنه لا يمنع من الوطء قبل الشهر لأن القاعدة : أن من ضرب أجلاً فهو على بر إليه .

وقوله : (**مُنِعَ مِنْهَا**) هو جواب الشرط .

وقوله : (**إلا فِي مِثْلِ : إِنْ لَمْ أَحُجَّ** . . . إلى آخره) يعني: أن المشهور منعه مطلقاً وهو قول ابن القاسم في كتاب الإيلاء ، والشاذ ـ وهو قول غيره فيها ـ أنه يمنع من الوطء إلا في مثل قوله : إن لم أحج في هذا العام وذلك الوقت ليس وقت سفر؛ لأنه في معنى

(١) « المقدمات » (٢/٢٩٨) .

المؤجل، ولأن الأيمان إنما تحمل على المقاصد ولا يقصد أحد أن يسافر إلى الحج إلا في وقته المعتاد.

ابن عـبد السـلام : والأظهر عندي أنه تقييد وإن كـان شراح « المدونة » اختلفوا هل هو تقييد أو خلاف .

وفي « المقـدمـات »[1] : إن كان الفعل لا يمكنه فعله في الحـال مثل أن يقول : امرأتي طالق إن لم أحج وهو في أول العام ، ففي ذلك أربعة أقوال :

أحـدها : أنه يمنع من الوطء من الآن وهو ظاهر قول ابن القـاسم في كتاب الإيلاء من المدونة ورواية عيسى عنه في الأيمان بالطلاق من « العتبية »[2] .

والثاني : لا يمنع من الوطء حتى يمكنه فعل ذلك .

والثالث : أنه لا يمنع من الوطء حتى يخشى فوات ذلك الفعل .

والرابع : أنه لا يمنع حتى يفوته فعل ذلك الفعل .

فَإِنْ رَفَعَتْهُ فَكَالْمُولى مِنْ يَوْمِ الرَّفْعِ

ظاهره سواء حلف على نفســه أو فعل غيره ، وقد تقدم أن المشهـور المعروف خلافه ، وقوله : (**مِنْ يَوْمِ الرَّفْعِ**) لأن ترك الوطء إنما جاء بطريق اللازم ، وما كان كذلك فالأجل فيه من يوم الرفع بخلاف ما لو كـانت يمينه على ترك الوطء صريحاً كقوله : والله لا أطأك فإن أجله من يوم اليمين ، وقيل في الأول : إن الأجـل أيضاً من يوم اليمين ، وقيل : بل من حين يتبين ضرره لا من حين المرافعة .

وإن حَبَسَهُ عُذْرٌ فِي الْمَنْفِيِّ فَفِي حِنْثِه قَوْلانِ

هذان القولان ذكرهما في « البيان »[3] في باب الأيمان فقال : ومن حلف أن لا يفعل فعلاً فـأكره على فعله فلا يحنث بلا اختـلاف ، وإنما اختلف إذا حلف ليفعلن فـعلاً فمنع وحيل بينه وبينه ، فالمشهور: أنه حانث إلا أن ينوي إلا أن يغلب .

---

(١) « المقدمات » (٢/٢٩٨) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٦/ ٢٨٣) .

(٣) « البيان والتحصيل » (٦/ ١٤٠) .

وقال ابن كنانة : لا حنث عليه ، فلو قال : فلو حبسه عذر في النفي لكان أحسن ليكون موافقا لقوله : أولاً : (وَإِنْ كَانَ نَفْياً) .

تنبيه :

يستثني من هذه القاعدة ، ما إذا قال : امرأتي طالق إن لم أحبلها ، فإنه لا يمنع من وطئها .

قال في « المقدمات »[1] : وله أن يطأها أبداً حتى يحبلها ؛ لأن بره في إحبالها، وكذلك إن قال لامرأته : أنت طالق إن لم أطأك ، له أن يطأها لأن بره في وطئها ، وإن وقف عن وطئها كان مؤلياً عند مالك والليث فيما يروي عنهما ، وقال ابن القاسم : لا إيلاء عليه ، وهو الصواب .

وإنما في مِثْلِ : إِنْ لَمْ أُطَلِّقْك مُطْلَقاً أَوْ إِلَى أَجَلٍ إِذْ لا برَّ لَهُ إلا بالطَّلاقِ ، وقِيلَ : يُمْنَعُ فَإِنْ رَفَعَتْهُ فَفِي ضَرْبِ الأَجَلِ أَوِ التَّعْجِيلِ : قَوْلانِ

لما قدم أنه إذا كانت يمينه على نفي يمكن دعوى تحقيقه يمنع منها ولا ينجز الطَّلاق خشى أن ينقض عليه بمثل هذه الصورة فذكرها ، وذكر الوجه الذي خالف لأجله تلك القاعدة ، وهو أنه لا بر له هنا إلا بالطلاق فلم يكن للإيقاف فائدة .

وقوله : (**مُطْلَقاً**) أي: من غير ضرب أجل كما لو قال : إن لم أطلقك بعد شهر فأنت طالق ، وهذا هو المشهور ومذهب « المدونة » .

وحكى اللَّخميّ قولاً آخر : أنه لا يلزمه طلاق حتى ترفعه ويوقعه السلطان ، وإليه أشار بقوله : (**وقِيلَ : يُمْنَعُ**) قيل : وهو أقيس لأن المرأة قد تصبر .

ثم فرع المصنف على الشاذ بقوله : (**فَإِنْ رَفَعَتْهُ**. . . إلى آخره) يعني: اختلف إذا رفعت هل يطلق عليه بالحضرة ، إذ لا فائدة في الصبر أو بعد ضرب أجل المولى رجاء أن ينحلّ عزمها عن القيام بالطلاق ، وهذان القولان ذكرهما اللَّخْميّ وغيره وكذا صرح ابن بشير وابن شاس [2]بأن هذين القولين مبنيان على الشاذّ وأما على المشهور فلا يأتي هذا ؛ لأنه يقع عليه الطَّلاق بمجرد كلامه كما صرح به في «المدونة» .

---

(١) « المقدمات » (٣٠٨/١) .

(٢) « الجواهر » (١٩٧/٢) .

ولا إشكال أنه على القولين بضرب الأجل وعدمه أنه لا يمكن من الوطء لأنه على حنث في يمينه .

عياض : فإن اجترأ ووطئ سقط عنه الإيلاء واستؤنف ضربه له ، ولا يلزمه استبراء من هذا الوطء متى جاز له تطليقها ومراجعتها للاختلاف في منعه من الوطء في يمين الحنث .

وَكَـذَلِكَ : إِنْ لَمْ أُطَلِّقْكِ رَأْسَ الشَّهْـرِ أَلْبَتَّـة فَـأَنْتِ طَالِقٌ أَلْبَتَّـة ، وقَالَ مُـحَمَّـدٌ : لَهُ أَنْ يُصَالِحَ قَبْلَ الشَّهْرِ فَلا يَلْزَمُه إِلا طَلْقَةٌ .....

(**وكَـذَلِكَ**) أى التنجيز على المشهور لو قال : إِنْ لَـمْ أُطَلِّقْكِ رَأْسَ الشَّهْرِ أَلْبَتَّة فَأَنْتِ طَالِقٌ رأس الشهر أَلْبَتَّةَ فإنها تطلق عليه أَلْبَتَّة لأن إحدى البتتين لابد منها لأنه إن طلقها أَلْبَتَّة فواضح ، وإلا وقعت أَلْبَتَّة المعلقة فكان بمنزلة من قال : أنت طالق رأس الشهر أَلْبَتَّة ، وقد تقدم أن مـا علق الطَّلاق على مثل هذا يـعجل عليه ، ورأى مـحمـد أن له أن يصالح أى يخالع قبل الشهر فتبين منه ، ثم يراجعها بعد الشهر على ما بقي له من الطَّلاق .

وقول محمـد : إنما يتحقق على عدم التنجيز وإذا تأملته وجـدته منتزعاً من قول المؤلف في المسألة التي قيست هذه المسألة عليها ، وإنما نجز في مثل : إن لم أطلقك فأنت طالق ، إذ لابد له منه ، وأما هذه فله الخروج منها عن عقدة اليمين بطلاق غير الطَّلاق الذي حلف به .

فـإن قـيل : قول محمد مشكل ؛ لأنه لم يقل فـيما إذا قال لزوجته ابتداءً : أنت طالق رأس الشهر البتة إن لم يخالع ، وهذه المسألة راجعة إلى هذا المعنى كما قررته .

قـيل : قد يقال في هذه المسألة: إن للحالف أن يطـلب ما حلف على فعله رأس الشهر فيؤخر لطلب ذلك ، وإذا صح له التأخير صحت له المخالعة .

وأما من قال ابتداءً من غير حلف : أنت طالق ألبتة رأس الشهر ؛ فلا معنى للانتظار ، وفيه نظر .

فـإن قـيل : لم قررتم الكلام على أن معناه إن لم أطلقك رأس الشهـر البتة فأنت طالق رأس الشهـر البتة وما المانع من أن يكون المراد إن لـم أطلقك رأس الشهر البتـة فأنت طالق الآن البتة ؟

قـيل : لأنه لو كان المراد هذا لما لزم الحالف شيء بوجـه لأنه إذا حلف على إيقاع البتة

رأس الشهر بوقوع البتة الآن فله طلب تحصيل المحلوف عليه وهو إيقاع البتة عند رأس الشهر ، فإذا جاء رأس الشهر فله ترك ذلك الطلب واختيار الحنث كما لكل حالف ، فإذا اختاره لم يكن له وقوع الحنث عليه لانعدام زمان البتة المحلوف بها هكذا قال ابن عبد السلام .

خليل : وما قاله من عدم وقوع الطَّلاق لمضى زمانه ، يأتي على ما قاله ابن عبد الحكم في من قال لزوجته : أنت طالق اليوم إن كلمتُ فلاناً غداً ؛ أنه إن كلمه غداً فلا شيء عليه لأن الغد الآن مضى وهي زوجة وقد انقضى وقت وقوع الطَّلاق .

ومثله لابن القاسم في « الموازية » في من قال لامرأته : إن تزوجتك فأنت طالق غداً ؛ فتزوجها بعد غد : لا شيء عليه ، وإن تزوجها قبل غد طلقت عليه ، لكن قال أبو محمد: قول ابن عبد الحكم خلاف أصل مالك والطَّلاق يلزمه إذا كلَّمه وليس لتعلق الطَّلاق بالأيام وجه .

وفي « العتبية »[1] : في أنت طالق اليوم إن دخل فلان الحمام غداً لم تكن طالقاً إلا أن يدخل فلان الحمام غداً وله وطؤها .

نقل ذلك كله عياض في باب الظهار ، وعلى هذا تلزمه ألبتة ولو مضى زمانها ، وأيضاً فالمسألة التي ذكرها المصنف بإثر هذه مما يرد ما قاله ابن عبد السلام ؛ لأنه لو كان ما قاله صحيحاً لزم فيما إذا قال : إن لم أطلقك واحدة بعد شهر فأنت طالق الآن البتة ، لا يلزمه شيء لما ذكر ، ولا كان يحسن الخلاف في تعجيل الواحدة فانظره .

وإذا قَالَ : إنْ لَمْ أُطَلِّقْك وَاحِدَةً بَعْدَ شَهْرٍ فَأَنْت طَالِقٌ الآنَ أَلْبَتَّة، ثُمَّ أَرَادَ تَعْجِيلَ الْوَاحِدَةِ قَبْلَ الأَجَلِ فَوَقَفَ فِيهَا مَالِكٌ ، وقَالَ أَصْبَغُ : لا يُجْزِئُهُ ، وقَالَ مُحَمَّدٌ : إنْ كَانَ الْقَصْدُ غمها بِهِ أَجْزَأَهُ ....

إذا أراد تعجيل الواحدة قبل الشهر فقال ابن بشير وابن شاس[2] كالمصنف: وقف مالك في ذلك .

وقال أصبغ : لا يجزئه ؛لأن المشروط لا يتقدم على شرطه .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٦/١٦٨) .

(٢) « الجواهر » (٢/١٩٨) .

أصبغ : فإن طلق ثم جاء رأس الشهر فلم يطلق واحدة لزمته البتة .

ونظر محمــد إلى المقاصد ونص قوله عند اللَّخْـمِيّ : وقال محمد: إذا سـألته أو سأله أهلها أن يطلقهـا في غير هذا الحين فحلف لهم ، ثم عجل الطلقة لم يـنفعه وإن كان ذلك ابتداءً ليغمها أجزأه .

اللَّخْـــمِي : ولو حلف عند سـؤالهم أنه لا يؤخر الطَّلاق عن رأس الهـلال لجاز له أن يعجلها ، وهذا إن كانت يمينه ليطلقها رأس الشـهر ، وأما إن قال : إلى رأس الشهر فليس له أن يعجل الطلقـة لأنه إلى غاية يثبت ألا يوقع الطَّلاق إلى رأس الشـهر فإن أوقعـه قبل ذلك وقع الطَّلاق ولم يبره المعجل ، انتهى .

ولم يتعرض المصـنف لحكم هذه المسألة ابتداءً وإنما تكلم على أنه هل له تعجـيل الطلقة المحلوف على إيقـاعها بعـد شهـر وذكر فيـها قـولين ، هذا إن لم يعد التـوقف قولاً وهو الظاهر، لأن الوقف ليس فـيـه حكم ، وإن عـددناه قـولاً كان في المســألة ثلاثة أقـوال ، واعترضه ابن عبد السلام فقال في قوله: (ووقف مالك) ، تغيير ونقص : أما التغيير فنسبته الوقوف لمالك والواقـف هو ابن القاسم ، وهكذا ذكره الشـيخ أبو محـمد عن « الموازية » ونص ما ذكره : ومن قـال : أنت طالق البتة لا طلقتك في الهلال واحـدة ثم أراد تعجيل الحنث بالواحدة فـوقف فيها ابن الـقاسم ، وقال : لا أرى أن تجزئه ولو جـاء الهلال ولم يطلقها طلقت البتة ، ولم يحك عن مالك في هذا الفصل شيئاً .

وتأمل قوله : ولا أرى أن تجزئه فإن كان بأثر الوقف فيكون توقيفه ، كلا توقف ، وإنما تردد في أول نظره ثم جزم ، وإن كان تردده استمر ثم في زمان آخر جزم صح الوقف .

وأما النقص فهو أنه لم يذكر عن ابن القاسم قوله : ولا أرى أن تجزئه ، انتهى .

وهذا فيه تعسف والأحسن في مثل هذا تحسين الظن بالمصنف ، وحاصل كلامه كشهادة على نفي ، وقد ذكـر اللَّخْمِيّ أن ابن القاسم روى عن مـالك التوقف كمـا قال المصنف ، وقد ذكر صـاحب « البيان » (١) كم المسألة ابتداءً فقال : اخـتلف في قول القائل : امرأتي طالق ثلاثاً إن لم أطلقها عند رأس الهلال على ثلاثة أقوال :

أولها : لابن القاسم إن عجل الطلقة التي عند رأس الشهر ، لم يلزمه غيرها ، وإن أبى وقف ، وقيل له : إما عجلت الطلقة الآن وإلا بانت منك بثلاث ، وهذا يأتي على مذهبه في «المدونة» في الذي يقول : امرأتي طالق إن لم أطلقها ، أنه يعجل عليه بالطلاق .

---

(١) «البيان والتحصيل» (٦/٢٢٦) .

والثـــاني : أنه إن عجل التطليـقة التي عند رأس الشهر لم يلزمـه غيرها ، وإن أبى أن يعجلها تـرك ولم يوقف على الإطلاق ، فإن لم يطلق حتى يحل الشهـر بانت منه بالثلاث وهو قول أصبغ وسحنون .

والثالث : أنه يوقف حتى يأتي الشهر فيبر بالطلاق عنده أو يحنث ، وإن عجل التطليقة قبل أن يأتـي الشهر ولم يخـرجه ذلك عن يمينـه ، ولم يكن له بد من أن يطلق عند رأس الهلال وإلا حنث وهو قول المغيرة .

وإذا قَالَ : كُلَّمَا طَلَّقْتُك فَأَنْتِ طَالِقٌ ، فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَفِي لُزُومِ اثْنَيْنِ أَوْ ثَلاثٍ : قَوْلانِ ، بِنَاءً عَلَى إِلْغَاء الْمُعَلَّقِ أَوِ اعْتِبَارِه ....

لأنه لما طلَّقهـا واحدة طلقت عليه أخـرى بالتعليق ، واختلف هل تـلزمه ثلاثة ؛ ينبني على أن فاعل السبب هل هو فاعل المسبب أم لا ؟ فإن قلنا : إنه فاعله طلقت عليه ثلاثاً ؛ لأنه فعل الأولى وهي سبب للثانيـة وإلا لم يلزمه ، وهذا معنى قوله : (**بِنَاءً عَلَـى إِلْغَـاء الْمُعَلَّقِ أَوِ اعْـتِبَارِهِ**) والقولان في مسألة المصنف لسحنون ، والذي رجع إليه واختاره ولده لزوم الثلاث ، وألحق سحنون بـ (كلما) في ما ذكرناه : (إذا ما) ، و (متى ما) .

أَمَّا لَوْ قَالَ: كُلَّمَا وَقَعَ عَلَيْكِ طَلاقِي فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَقَعَتِ الثَّلاثُ

لأنه لم يشترط في الطلقـة التي هي سبب أن تكون من فعله فتقع الثـانية لوقوع الأولى عليها والثالثة لوقوع الثانية ولا خلاف في هذه .

فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ فِي الْخُلْعِ فَقَالَ سَحْنُونٌ : تَقَعُ وَاحِدَةٌ عَلَى أَصْلِه ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمَشْرُوطَ مُقَدَّرٌ بَعْدَ الشَّرْطِ أَمْ لا ....

يعني : فإن قال لامرأته: كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق ، ثم أوقع عليها طلقة قبل البناء ، أو أوقع عليها طلقة بعوض ، فقال سحنون : لا يلزمه فيها إلا واحدة بناءً على أن المشـترط يقع بعـد شـرطه ، ويأتي على أصل غـيره لزوم الثـلاث ، بناءً على أن الشـرط والمشروط يقعان معاً .

ونظيـر هذه المسألة: مـا إذا قال : إن خالـعتك فأنـت طالق البتـة أو قال لعـبده : إن قاطعتك فأنت حر ، ثم خالعها أو قاطعه فقال ابن القاسم : يرد ما أخذ فيهما .

قال في « البيان »[١] : وحكى البرقي عن أَشْهَب أنه لا يرد فيهما شيئاً ، وكان عبيد يعجب بها ويقول : إنما رضي بالحنث لما أخذ .

ابن رشد[٢]: وكذلك أقول : إنه الصحيح في القياس؛ لأن المشروط إنما يقع بعد شرطه، وكذلك قال: الصحيح في : إن بعتك فأنت حر ، أنه لا يلزم البائع عتق .

ولَوْ قَالَ : مَتَى طَلَّقْتُك فَأَنْت طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلاثاً، فَقَبْلَهُ لَغْوٌ

هذه المسألة تلقب بالسُّرَيْجِيَّة نسبة لابن سُرَيْجٍ الشافعي ؛ لقوله هو وجماعة من أصحاب الشافعي : لا يلزمه شيء .

وما ذكره المصنف نحوه في ابن شاس[٣] ، وقوله : (**فَقَبْلَهُ لَغْوٌ**) أي: فيكون بمنزلة ما لو لم ينطق بـ (قبله) ، فإذا طلقها طلقت ثلاثاً ، وعلى هذا فترجع إلى المسألة التي قبلها، ويفرق بين قبل البناء وبعده ، وهذا مذهب أبي حنيفة .

الطرطوشي في « تعليقه » : وهو الذي يختاره فيقع عليه المباشر وتمام الثلاث من المعلق؛ لأنه طلاق من مالك صادق ملكه فوجب أن يقع أصله إذا لم يسبق منه هذا الشرط ، واحتج ابن سريج وغيره بأن إثبات الطَّلاق مؤد إلى رفعه وكل ما أدى إثباته إلى نفيه فهو منتف من أصله وذلك لأنها لو طلقت لطلقت قبله ثلاثاً ولو طلقت قبله ثلاثاً لم يفسخ .

ويشهد لهذا مسائل:

منها : إذا كانت لرجل أمة فزوجها وقبض صداقها وتصرف فيه ثم أعتقها وكان الزوج لم يدخل بها فلا خيار لها ؛ لأن ثبوت الخيار يرفعه إذ لو اختارت لسقط الصداق ، ولو سقط الصداق لبطل عتقها لصيرورة السيد مديناً ،وإذا بطل عتقها بطل خيارها .

ومنها : من زوج عبده من حرة بصداق ضمنه لها ، ثم باعها العبد بالصداق قبل الدخول لا يصح البيع لأنه لو صح لملكت زوجها ، ولو ملكته فسخ النكاح ، ولو فسخ لسقط مهرها ، وإذا سقط المهر بطل البيع .

ومنها: ما وقع لمالك في من أعتق عبديه فادعاهما غيره فشهد له العبد أنه قال : لا تقبل

---

(١) « البيان والتحصيل » (٦/ ٢٤٢) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٦/ ٢٤٢) .

(٣) « الجواهر » (٢/ ١٩٨) .

شهادتهما ، لأنا لو قبلناها لصارا رقيقا وبالرق تبطل الشهادة ، فلو صحت لبطلت فتبطل.

خليل : ومذهبنا هو الصحيح ؛ لأن ما قاله ابن سريج وغيره مؤد إلى اتخاذ آيات الله هزواً ؛ إذ يلزم عليه أن كل شخص فعل مثل ذلك لا يمكنه الطَّلاق في البتة ويبقى يطلق ولا يلزمه وهو خلاف ما شرعه الله تعالى من الطَّلاق في حق كل زوج ، والله أعلم .

فَإِنْ كَانَ مُؤَجَّلاً لَمْ يُمْنَعْ

لما قال أولاً : (**فإن كان نفياً يمكن دعوى تحقيقه لفعل له غير محرم... إلى آخره**) وكان مشتملاً على قيود أخذ يتكلم عليها ، يعني : فإن كان الفعل المنفي مؤجلاً كقوله : إن لم أدخل الدار إلى شهر فأنت طالق لم يمنع منها لأنه على بر ؛ لأن القاعدة : أن كل من ضرب أجلاً فعلى بر إليه ، وهذا هو المشهور ، وحكى اللَّخْميّ قولاً آخر بالمنع ، والقولان هنا كالقولين اللذين لمالك في كتاب العتق الأول من « المدونة » في القائل : أمتي حرة إن لم أفعل كذا إلى أجل سماه هل يمنع من وطئها في ذلك الأجل أم لا ؟

وإِنْ كَانَ مُحَرَّماً ، مِثْلَ : إِنْ لَمْ أَقْتُلْ زَيْداً تَنجَّزَ إِلا أَنْ يَتَحقَّقَ قَبْلَ التَّنْجِيزِ عَلَى الْمَشْهُورِ

هذا مقابل قوله أولاً : (**غير محرم**) أى وإن كان الفعل محرماً كقوله : إن لم أقتل زيداً اليوم فأنت طالق فإنه ينتجز عليه الطَّلاق ، لأنه لا يمكّن من قتل زيد إلا أن يوقع الحالف الفعل المحرم قبل تعجيل الطَّلاق فقد أثم ولا يلزمه الطَّلاق وهذا معنى قوله : (**إلا أَنْ يَتحقَّقَ**. . . إلى آخره) والمشهور منصوص في « المدونة » وغيرها ، وكلامه في «**المقدمات**» يدل على نفي الخلاف في هذا ، وكذلك قال ابن عبد السلام : لست أحفظ الشاذ .

خليل : ويمكن تخريجه مما تقدم في باب الأيمان فيمن حلف ليطأنها فوطئها حائضاً هل يبرّ أم لا ؟ بناء على المعدوم شرعاً هل هو كالمعدوم حساً أم لا ؟

فَإِنْ لَمْ يُمكِنْ دَعْوَى تَحْقِيقِه ، مِثْلَ : إِنْ لَمْ تُمْطِرِ السَّمَاءُ غَداً ، طَلُقَتْ نَاجِزاً عَلَى الْمَشْهُورِ لأَنَّ هَذَا مِنَ الْغَيْبِ بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ إِذْ يَدَّعِي مَعْرِفَتَهُ والْقُدْرَةَ عَلَيْه ...

هذا مقابل قوله أولاً : (**يُمكِنْ دَعْوَى تَحْقِيقه**) أى: وإن لم يمكن دعوى تحقيقه ، مثل: إن لم تمطر السماء غداً ، أو إلى شهر ، أو إن لم تمطر في الشهر الفلاني طلقت ناجزاً على المشهور .

اللَّخْـمِيّ : وقيل: لا يحنث حتى ينظر ما يكون غداً ، ولابن القاسم في « الواضحة » قول ثالث في كل ما حلف بطلاق على شيء لا يدري أحق هو أم باطل ؛ مثل أن يقول : إن لم تكن مطرت الليلة بالإسكندرية وهو بالفسطاط ، أو : إن لم تمطر غداً ؛ فإنه إن رفع إلى السلطان طلق عليه ولا يؤخره ، وإن لم يرفع حتى وجد ذلك الشيء حقا لم يكن عليه في يمينه شيء .

وقال أصبغ : إن قال : إن مطرت السماء غداً ؛ فلا شيء عليه الآن حتى تمطر ، قال : وهو بمنزلة من قال : إن قدم فلان غداً فأنت طالق .

اللخـمي : يريد لأنه عنده على برٍّ وعلى أصله إن قال : إن لم تمطر غـداً ؛ تطلق عليه لأنه على حنث ، وهذا موافق للمشهور وليس هو رابعا ؛ لأن المشهور يوافق في البرِّ على عدم التنجيز كذلك بين في « الواضحة » في إذا مطرت أو إن ولدت جارية ، وكذلك ساق عيـاض ما في « الواضحـة » تقييـداً ثم إن هذا الخلاف إنما هو إذا قـيّده بأجل قريب كـما ذكرنا، وأما إن قال : إن لم تمطر ولم يقيد فلا شيء عليه .

اللَّخْـــمِي: وسواء عـمم أو سمَّى بلداً ؛ لأنه لابد أن تمطر في زمن مـا ، وكذلك إذا ضرب أجل عشر سنين أو خمس سنين ، وقيد بعض الشيوخ وقوع الطَّلاق على من قال به بما إذا لم يكن يحلف لعادة وأما إن حلف علـى ذلك لعادة له وعلامات عرفهـا واعتاد بها ليس من جهة الحرز وتأثير النجوم عند من زعـمها لم يقع الحنث حتى يكون ما حلف عليه ويحتج عليه بقوله عليه السلام : « **إذا أنشأت بحرية ثم تشاءمت فتلك عين غديقة** »[1] .

وقوله : (**لأَنَّ هَذَا مِنَ الْغَيْبِ** . . . إلى آخره) جواب عن سؤال تقديره : ما الفرق بين هذا على المشـهور من أنه ينـجز الطَّلاق وبين مـا تقدم في أنـه لا يتنجز الطَّلاق ؟ وتقـرير الجواب أن هـذا حالف على الغـيب فأمـره دائر بين الشك والهزل ، وكل منـهما مـوجب للحنث على المذهب بخلاف مـا تقدم ، لأنه يمكن معرفـته بمقتضى العـادة وهو قادر على فعله .

فَإِنْ لَمْ يُمْكِنِ الاطِّلاعُ عَلَيْه ، مِثْلَ : أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، طُلِّقَتْ ، وكَذَلِكَ الْمَلائِكَةُ والْجِنُّ عَلَى الأَصَحِّ بِخِلافِ إِنْ شَاءَ زَيْدٌ ....

وهذا أيضاً مقابل قوله : (**لَمْ يُمْكِنِ الاطِّلاعُ عَلَيْهِ**) يعني: وإن لم يمكن الاطلاع مثل :

---

(١) أخرجه مالك (٦٥٤) ، والطبراني في الأوسط (٧٧٥٧) .

أنت طالق إن شاء الله ، طلقت ناجزاً لما تقدم في باب الأيمان أن الاستثناء بالمشيئة لا يفيد في غير اليمين بالله لا طلاق ولا عتاق .

قوله : (وكَذَلكَ الْمَلائكَةُ والْجنُّ) ولعل الخلاف بين الأصح ومقابله مبني على الخلاف في الشك .

وقوله : (**بخلاف إنْ شَاءَ زَيْدٌ**) أي :فلا تطلّق عليه حتى يشاء زيد ذلك ، وانظر هل ذلك من باب التمليك فيزول من يد من جعل بيده بانقضاء المجلس أم لا ؟

فَإنْ قَالَ : إلا أنْ يَشَاءَ زَيْدٌ فَمِثْلُ إنْ شَاءَ عَلَى المَشْهُور

يعني : إذا قال : أنت طالق إلا أن يشاء زيد فهو بمنزلة ما إذا قال : أنت طالق إن شاء زيد على المشهور ، فلا تطلق عليه حتى يشاء زيد لأن الطَّلاق موقوف على مشيئته ، ورأى في الشاذ لزوم الطلاق .

والفرق: أن الكلام في صورة الثانية اقتضى وقوع الطَّلاق إلا أن يشاء زيد رفعه بعد وقوعه ، والطَّلاق بعد وقوعه لا يرتفع بخلاف الصورة الأولى ، فإن وقوع الطَّلاق فيها مشروط بالمشيئة ، ومن هذه المسألة ما وقع لأصبغ في من قال : أنت طالق إلا أن يمنعني أبي ، فيمنعه فلا شيء عليه ، واستشكله بعضهم لأن الطَّلاق بعد وقوعه لا يرتفع بإرادة أبيه ، إلا أن يريد التعليق .

بخلاف إلا أنْ يَبْدُوَ لِي عَلَى الأشْهَرِ

يعني : فإنه إذا قال : أنت طالق إلا أن يبدو لي ، يقع عليه الطَّلاق على الأشهر ، ورأى مقابل الأشهر عدم اللزوم كالمشهور في إلا أن يشاء زيد ، والفرق للأشهر قوة التهمة في : إلا أن يبدو لي ، بخلاف إلا أن يشاء زيد ، فإنه لا يتهم على ذلك .

وقول ابن عبد السلام : في الفرق ؛ لأن (**إلا أنْ يَشَاءَ زَيْدٌ**) يمكن رده إلى الشرط (**بخلاف إلا أنْ يَبْدُوَ لي**) ليس بظاهر ، لأنه كما يرد إلا أن يشاء زيد كذلك يمكن رد إلا أن يبدو لي إلى إن بدا لي .

ابن راشد : ولم أقف على القول بعدم اللزوم في : إلا أن يبدو لي ، وهو بعيد في النظر ، انتهى .

وصرح في « البيان »[1] بنفي الخلاف في هذا ، وكذلك صرح بنفيه في أنه ينفعه إذا قال : امرأتي طالق إن فعلت كذا وكذا إلا أن يبدو لي أو غير ذلك .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٦/٣٩٨) .

كَالنّذرِ والْعتْقِ فيهمَا

أى: في : (**إِلا أَنْ يَشَاءَ زَيْدٌ**) و (**إِلا أَنْ يَبْدُوَ لِي**) فإذا قال على هذا: إلا أن يشاء زيد توقف اللزوم على مشيئته على المشهور وإذا قال : على هذا أو عتق عبدي فلان إلا أن يبدو لى لزمه على الأشهر .

ويحتمل أن يريد بقوله : (**فيهمَا**) مشيئة الله تعالى ومن لا تعلم مشيئته كالملائكة .

وَفُرِّقَ بَيْنَ الـطَّلَاقِ واليَمِينَ بِاللَّهِ تَعَـالى بِأَمْرَيْنِ : أَحَـدُهُمَا : أَنَّ لِلَفْظِ الطَّلَاقِ بِمُـجَرَّدِه حُكْمـاً قَدْ شَاءَهُ اللَّـهُ فَلَا يُقْبَلُ الـتَّعْلِيقُ عَلَيْـهَا لِتَـحَقُّقِـهَا فَـلا يَرْتَفِعُ ، بِخِلَافِ لَفْظِ الْـيَمِينِ ، والثاني: أنه متحقق فكان كاليمين على الماضي ....

لما ذكر أن الاستثناء بالمشيئة لا يفيد في الطَّلَاق وقد تقدم له أن ذلك يفيد في اليمين بالله تعالى ، وكان للأصحاب في الفرق بين ذلك طريقان أراد أن يذكرهما :

الطريق الأول : أن لفظ الطَّلَاق جعله الله سبباً لحلٍّ العصمة فحيث ما وجد ذلك السبب ترتب عليه مسببه فلا يقبل التعليق لأن المتعلق على الشيء ينعدم عند عدم الشيء ، وذلك الشيء هنا لا يقبل العدم لأنه حكم شرعي وجد سببه ، بخلاف لفظ اليمين فإنه لا يوجب فعل ما حلف عليه بل خيره فيه وفي تركه ، والإتيان بالكفارة تارة ومنعه تارة .

والطريق الثـاني : للبغداديين أن الطَّلَاق لما كان موجـباً لحل العصمة لزم أن يقع الطَّلَاق إذا تلفظ بلفظه ، وإذا وقع فلا يصح فيه الاسـتثناء لأنه بمنزلة من حلف بالله تعالى على ما مضى ، وهذا إذا تأملته هو في الحقيقـة راجع إلى الأول ، ويرد عليه أنه لو كان كما قالوه من تحقيق وقوع الطَّلَاق بالتلفظ بالصيغة لزم الطَّلَاق فيما إذا قال : أنت طالق إن شاء زيد، وهذا خلاف الاتفـاق ، وإذا قبل الطَّلَاق والتعليق بمشـيئة زيد ونحـوها وجب أن يقبله في مشيئة الله تعالى .

وأيضاً فإن قوله : (**أَنَّ لِلَفْظِ الطَّلَاقِ بِمُجَرَّدِه**. . . إلى آخره) إن أراد بقوله : (**قَدْ شَاءَهُ الـلَّـهُ**) أى: حكم به فصـحيح ، ولكن لما قلتم: إنه لا يقبل التـعليق ؟ فإن هذا لم ينص الشرع عـليه ولا أومئ إليه ، وإن أراد أن كـل ما حكم الله قد شـاءه فليس بصحـيح وهو خلاف مذهب أهل السنة؛ لأن الأمر عندهم لا يستلزم الإرادة ، لا يقال : إنما قلنا : يقبل التعليق في مشيئة زيد ونحوها لإمكان الاطلاع على مشيئته ، بخلاف مشيئة الله تعالى فإنا لا نطلع عليها ، فلذلك أوقعنا الطَّلَاق ، لأنا نقـول : لو عكس هذا لكان أولى لأن مشيئة

الله تعالى واجبة النفوذ فلذلك كل معدوم وجد نعلم أن الله تعالى أراده ، وكل ما لم يوجد نعلم أن الله تعالى لم يرده .

وأن مشيئة غيره فلا تعلم ؛ لأن غايته أن يخبرنا وخبره إنما يفيد الظن ، وفرق ابن المنير على ما نقله ابن راشد عنه بين الطَّلاق وغيره: بأن الأصل في اليمين بالله تعالى والطَّلاق اللزوم ، وإن كان واحد منهما لا ينحل بالاستثناء بالمشيئة خالفنا الأصل في اليمين بالله للحديث الوارد فيه ، فيبقى الطَّلاق على أصل اللزوم .

المازري : وتحقيق قوله: إن شاء الله ؛ إن أراد بذلك إن شاء الله إيقاعَ هذا اللفظ مني لزمه الطَّلاق عند أهل السنة ، وإن أراد إن شاء الله لزومَ الطَّلاق للحالف به فيلزم قولاً واحداً ، وإن أراد إن شاء الله طلاقك في المستقبل فأنت طالق الآن لا فيجري على الخلاف في تعليق الطَّلاق في المشكوك في وقوعه .

وإليه أشار مالك ـ رضي الله عنه ـ بقوله : علَّق الطَّلاق بمشيئة من لا يعلم مشيئته .

وإن قصد بقوله : إن شاء الله إلزامَ الطَّلاق مع الاستثناء فهو من أشكل الوجوه والحق فيه أن يرجع إلى خلاف الأصوليين ، هل لله تعالى في الفروع حكم مطلوب ونحن غير عالمين به فيرجع إلى القول الثالث ، وهو تعليق اليمين بالمغيبات أو ليس له حكم ؟ بل كل مجتهد مصيب ؛ فيكون الحق في المسألة معلقاً باجتهاد المفتي .

فَإِنْ صَرَفَ مَشِيئَةَ اللَّه تَعَالَى إِلَى مُعَلَّق عَلَيْه مِثْلَ : أَنْت طَالِقٌ لأَدْخُلَنَّ الدَّارَ ، أو إن دخلت الدار إِنْ شَاءَ اللَّهُ لَمْ يُفِدْ عَلَى الأَصَحِّ ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَأَصْبَغُ : يُفِيدُ ....

لما ذكر أن الاستثناء بالمشيئة لا يفيد إذا ادَّعاه على الطَّلاق تكلم على ما ادعاه على الفعل الذي علق عليه الطَّلاق ، وذكر أن الأصح لا يفيده ، وهو قول ابن القاسم .

ابن عبد السلام : وهو المشهور ويلزمه الطَّلاق إن لم يدخل إذا كانت يمينه على حنث بانعدام الدار مثلاً ، أو إنْ دَخَلَها إن كانت يمينه على بر .

واختار جماعة قول ابن الماجشون حتى زعم ابن رشد أنه هو الجاري على مذهب أهل السنة ، وأن المشهور إنما يجري على مذهب القدرية ؛ لأن معنى قوله : أنت طالق لأدخلن الدار إن شاء الله ، إذا صرف المشيئة إلى الدخول هو إن امتنعت من الدخول بمشيئة الله فلا شيء عليه .

وكذلك قوله : امرأتي طالق إن دخلت الدار إن شاء الله هو إن شاء الله دخولي الدار ، فلا شيء عليه ، وقد علم من مذهب أهل السنة أن كل واقع في الوجود هو بمشيئة الله تعالى ، فامتناعه إذا من الدخول أو عدمه هو بمشيئة الله فلا يلزمه طلاق لأن ذلك هو الذي التزمه ، أما من قال بلزوم الطَّلاق فمقتضى قوله : إنه بالفعل المعلق عليه الطَّلاق قد فعله والله تعالى لا يشاء أن يفعله .

قال في « المقدمات »[1] : وذلك مستحيل إلا على مذهب القدرية ، فعلى قول ابن القاسم في قوله: إن الاستثناء لا ينفعه وأن صرفه إلى الفعل درك عظيم .

وأشار صاحب « الذخيرة »[2] إلى أنه لا ينبغي أن يختلف في صحة كلام ابن الماجشون، وذلك بعد أن قرر قاعدة وهي : أن الأسباب منها ما لم يكله الله إلى خلقه كالزوال ، ومنها ما وكله إلى خلقه فإن شاؤوا جعلوه سبباً وإلا فلا ، وهو التعليقات كلها فدخول الدار ليس سبباً لطلاق امرأة ، ولا لعتق عبد في أصل الشرع إلا أن يريد المكلف ذلك فيجعله سبباً للتعليق .

وكل ما وكل للمكلف سببيته لا يكون سبباً إلا بجزمه ، وإذا تقرر هذا فإذا عاد الاستثناء إلى الفعل المعلق عليه كان معناه أن ذلك الفعل المعلق عليه لم أجزم بجعله سبباً للطلاق ، بل فوضت سببيته إلى مشيئة الله تعالى ، إن شاء جعله سبباً وإلا فلا وعلى هذا التقدير لا يكون الفعل سبباً ولا يلزمه شيء إجماعاً ولا يمكن أن يخالف ابن القاسم في هذا، ولكن ساق صاحب « المقدمات »[3] قول ابن الماجشون على أنه خلاف .

وقرر ابن عبد السلام مذهب ابن القاسم بأن قال : يمكن أن يقال: إن دخول الدار وعدمه المعلق عليهما لمّا كان لا يخرجان على المشيئة ولا واحد منهما فذكر المشيئة لا يفيد لأنه لم يقصد التبرك كما في اليمين ولا في حلِّ اليمين لأن الطَّلاق لا ينحل بها كما مر ، ولا إخراج بعض المعلق عليه لأن جميعه داخل تحت المشيئة كما هو مذهب أهل السنة ، فلم يبق إذاً في ذكرها هنا فائدة فيكون الحكم مع ذكرها كالحكم مع عدم ذكرها ، فوجب ترتب الطَّلاق على عدم الدخول في قوله : لأدخلن ، وعلى الدخول في قوله : لا دخلت.

---

(١) « المقدمات » (١/٢١٣) .

(٢) « الذخيرة » (٤/٧٧) .

(٣) « المقدمات » (١/٢١٣) .

خليل : وفي كلام القرافي ما هو جواب عن هذا وهو أن يقال: إنما معنى ذكر المشيئة هنا أن الفعل المعلق عليه لم أجزم بكونه سبباً بل فوضت سببيته إلى الله تعالى .

أَمَّا لَوْ قَالَ فِي مُعَلَّقٍ عليه: إِلا أَنْ يَبْدُوَ لِي، فَذَلِكَ لَهُ

كما لو قال : أنت طالق إن دخلت الدار ، أو إن لم أدخل الدار إلا أن يبدو لي ، لأن معناه حينئذ إن لم أصمم على جعل الدخول أو عدمه سبباً ، بل الأمر موقوف على إرادتي في المستقبل فلهذا نفعه ؛ لأن كل سبب وُكِل إلى إرادته لا يكون سبباً إلا بتضمينه على جعله سبباً .

وإِنْ عَلَّقَهُ عَلَى حَال وَاضِحَة بَعْدَ الْمُعَلَّق فيهَا هَازلاً مثْلَ : إِنْ لَمْ يَكُنْ هَذَا الإِنْسَانُ إِنْسَاناً وهَذَا الْحَجَرُ حَجَراً حَنثَ لِهَزْلِه ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَنْت طَالِقٌ أَمْسِ

هكذا وقع في بعض النسخ التي رأيتها ، وعلل المصنف الحنث بهزله وهو ظاهر ، ولا يمكن أن يكون وقوع الطَّلاق هنا لتحقق المحلوف عليه فإن المعلق عليه هنا الطَّلاق هو نفي الإنسانية ونفي إنسانية الإنسان عنه لا يمكن ، فلو كان الوقوع للتحقق لم يقع طلاق وقول ابن عبد السلام : يمكن أن يكون وقوع الطَّلاق هنا لتحقق المحلوف عليه ليس بظاهر ولعل الواقع في نسخته : (إن كان هذا الإنسان إنساناً) بإسقاط حرف النفي ، ولهذا قال : وإذا اقترن بالكلام ما يدل على أن المراد وهو تمام الأوصاف الإنسية كالكرم والشجاعة وغير ذلك، وكون الحجر صلباً بحيث لا يتأتى للحديد ، فعلق المتكلم على وجود هذه الأوصاف أو عدمها فلا يحصل الطَّلاق إلا بحصول الشرط .

وقوله : (**كَمَا لَوْ قَالَ : أَنْت طَالِقٌ أَمْسِ**) أى: فيلزم ، وهذا أيضاً متردد بين الهزل والإخبار ، لأن ما يقع الآن يستحيل أمس ، فيكون هذا الاعتبار هازلاً ، ويحتمل أن يريد به الإخبار أى أخبر أنه طلق أمس فيلزم أيضاً الطلاق .

فَإِنْ كَانَتْ لا تَعْلَمُ حَالاً ومَآلاً طُلِّقَتْ

أي : فإن كانت الصفة المعلق عليها الطَّلاق (**لا تَعْلَمُ حَالاً ومَآلاً طُلِّقَتْ**) كما لو قال : إن لم يكن خلف جبل قاف كيت وكيت ، أو إن لم يكن في وسط البحر المالح كيت وكيت ، فأنت طالق ، وكما لو حلف أن فلاناً من أهل الجنة أو النار فأنت طالق ، أعني: في غير الذين ثبت لهم ذلك .

ابن عبد السلام : ولا يبعد تخريج الخلاف في قوله: أنت طالق إن شاءت الملائكة أو الجن.

وَإِنْ أَمْكَنَ حَالاً وادَّعاه دُيِّن

كما لو قال ليلة تسع وعشرين والسماء مغيمة : عليَّ الطَّلاق إن لم أكن رأيت الهلال.

وقوله : (**دُيِّن**) ، أي: وُكل إلى دائنه وحَلَفَ إن رفع إلى حاكم .

وتفسير ابن عبد السلام : قوله : (**دُيِّـن**) ، فيحلف ، ليس بظاهر؛ لأن النظر في الأيمان تختص بالأحكام .

وكَذَلِكَ لَوْ حَلَفَ اثْنَانِ عَلَى النَّقِيضِ فِيهمَا ، مِثْلَ : إِنْ كَـانَ هَذَا غُرَاباً وإِنْ لَمْ يَكُنْ فَإِنْ لَمْ يدَّعِ يقيناً طُلِّقَت عَلَى الأَصَحِّ ....

يعني : لو حلف شخصان (**عَلَى النَّقِيضِ**) أي: حلف كل منهما على نقيض ما حلف عليه صاحبه (**فِيهمَا**) أي: فيما لا يعلم حالاً ومـآلاً ، أو ما يعلم حالاً ، ومثل المصنف بمثال واحد إما لأنه رآه صالحاً للصورتين فإنه إذا حلف أحدهما بالطلاق أنه غراب ، والآخر ليس بغراب ، فإن كان الطائر لا يعرف لبعده حتثا ، وإن كان قريباً بحيث يمكن كل منهما أن يدَّعي يقين مـا حلف عليه الآخر صُدِّقا ، وهكذا قـال ابن راشد ، وإما لأنه مثل ما يمكن حـالاً ، وسكت عن تمثيل الذي لا يُمكن حالاً ومآلاً ، فيكون مثاله كما لو حلف شخص بالطلاق أن فلاناً من أهل الجنة وحلف غيره أنه من أهل النَّار .

وقوله : (**فَإِنْ لَمْ يدَّعِ يقيناً**) .

ابن راشد : أي: وإن لم يدَّع كل واحد منهمـا أنه حلف على يقينه وإنما حلف على ما يظن أو يشك ، حنث على الأصح ، والقول بعدم اللزوم مشكل .

ابن راشد : ولا يبعد ما نقله المصنف عن أصول المذهب ، وعكس بعضهم النقل فأتى بما ظاهره العكس ، أعني: أنه جعل القولين فيما إذا جـزم كل واحد من الحالفين بصحة ما حلف عليه ، وإن لم يجزما لزمهـما الطَّلاق ، وأجمل بعضهم النقل وأتى بما يدل على أن المسألة مختلف فيها من حيث الجملة ، وكأن المصنف اختصر « المدونة »[1] ونصها : ومن قـال لرجل : [امرأتي][2] طالق ، لقد قلتَ كـذا ، وقال الآخر : امرأته طالق إن كنت

---

(١) « تهذيب المدونة » (١/ ٣٩٢) .

(٢) في « التهذيب »: امرأته .

قلته؛ فليدينا ويتركا إن ادعيا يقينا ، واختلف قول مالك خارج «المدونة» هل يحلفان أم لا ؟ وبنى ذلك على الخلاف في توجيه يمين التهمة ، قيل : ومحل الخلاف إذا رفع الأمر إلى الحاكم ، وأما لو جاءا مستفتيين فلا وجه لليمين ، ونظير هذه المسألة في العتق من «المدونة» في العبد بين الشريكين فقال أحدهما : هو حر إن كان دخل المسجد ، وقال الآخر : هو حر إن كان لم يدخل ، فليدينا ويتركا إن ادعيا يقيناً فإن شكّا عتق عليهما بغير قضاء .وقال غيره بالقضاء .

فإن قيل : كيف جرى الخلاف هنا في الشك ، وقد تقدم في باب الصيد والذبائح أنه متى شك هل مات من الذكاة أو غيرها لم يؤكل بالاتفاق ، وإنما الخلاف في الظن .

قيل : لأن الأصل هنا استمرار النكاح بخلاف ما ذكرت .

أما لو كان لرجل امرأتان فرأى طائراً فقال : إن كان هذا غراباً فزينب طالق وإن لم يكن غراباً فعزة طالق ؛ والتبس عليه الأمر وتعذر التحقيق طلقتا عليه ، وكان ذلك كاختلاط الميتة مع الذكية قاله بعضهم .

وَفِيّها : إِنْ قَالَ : فَعَلْتُ ، ثُمَّ قَالَ : كُنْتُ كَاذِباً ، صُدِّقَ بِيَمِينٍ

مثاله لو قال لزوجته : تزوجت أو اشتريت جارية ثم حلف لامرأته إن كنت فعلت ذلك فأنت طالق ، ثم قال : كنت كاذباً في قولي أولاً ، لم يلزمه الطَّلاق؛ لأن كلامه أولاً لا مدخل له في الطَّلاق ، قوله : (**صُدِّقَ بِيَمِينٍ**) أي: يحلف أنه كان كاذباً وإنما حلف؛ لأن كلامه أولاً يوجب التهمة .

بِخِلافِ مَا لَوْ قَالَ بَعْدَ الْيَمِينِ : فَعَلْتُهُ ، فَإِنَّهُ يُقْضَي عَلَيْهِ

كما لو حلف بالطلاق لا يدخل الدار ثم قال : دخلتها ؛ لزمه الطَّلاق وقضى عليه به ؛ لأنه أقر بانعقاد اليمين ، وأقر بعد ذلك بالحنث ، قالوا : ولو شهد عليه شهود بأنه فعل كذا فحلف بالطلاق لقد كذبوا في ذلك ، لم يلزمه الطَّلاق ؛لأنه حلف على رد قولهم ، وفيه نظر ، قالوا : ولو شهد عليه غيرهما أنه فعل ذلك الفعل فإنه يحنث ، وقالوا: لو شهدت بينة أنه وجد منه ريح الخمر فحلف بالطلاق ما شربها لم يحنث .

وَلا يَسَعُ زَوْجَتَهُ - إِنْ عَلِمَتْ إِقْرَارَهُ - الْمُقَامُ إِلا كُرْهاً إِنْ بَانَتْ كَمَنْ عَلِمَتْ أَنَّهَا طُلِّقَتْ ثَلاثاً وَلا بَيِّنَةَ لَهَا إِذْ لا يَنْفَعُهَا مُرَافَعَتُهُ ...

المسألة متصلة بالتي قبلها في «المدونة» كما هنا ، ففيها : فإن كان علم أنه كاذب في

إقراره عندهم بعد يمينه حلّ له المقـام فيما بينه وما بين الله تعالى ولم يسع امـرأته المقام معه إن سمـعت إقراره هذا إن لم تجد بينة ولا سلطاناً فـهي كمن طلقت ثلاثاً ولا بينة لهـا فلا تتزين له ولا يرى لها شعراً ولا وجهاً إن قدرت ، ولا يأتيهـا إلا كارهة ولا تنفعها مرافعته ولا يمين عليه إلا بشاهد .

وقوله : (**إلا كُرْهاً**) معناه: مكرهة وهو أحسن من قوله في « المدونة »[١] : كارهة ؛ إذ لا ينفعها كراهة إتيانه فيما بينها وبين الله تعالى ، وإنما ينفعها أن تكون مكرهة ولتبعد منه بما قدرت عليه ، وإن قدرت على ضربه إذا أرادها فلتفعل ، وهو كالعادي والمحارب .

وقال سحنون : لا تقتله ولا تقتل نفسها ، واختاره بعض الشيوخ ، واعترض قياس ابن المواز بأن شرط القيـاس أن يثبت في الفرع مثل حكم الأصل ، والمثلية هنا غـير حاصلة ، لأن الحكم في الحرابة التـخيير بين ممانعـة المحارب أو تسليم المال له ، والحكم هنا متـحتم الممانعـة ، ولأن قتله إما أن يكون قبل الوطء وهو لا يجـوز لعدم حصول مـوجب الحد أو بعده وذلك لا يجوز لها أيضاً ، لأن الواجب عليه الحد وذلك للأئمة ، وأجيب عن الأول بأن مراد محمد الاستدلال الذي هو محاولة الدليل عن القواعد الشرعية لا حقيقة القياس ، وذلك لأن حرمـة الفروج أقوى من حـرمة المال ، وإذا جـازت المدافعة في الأضـعف ففي الأقوى أولى .

وعن الثاني باختيار أن لها القتل قـبل الوطء إذا لم يمكنها دفعه إلا بذلك ، كما لو أراد قطع عضو منها .

ابن عبـد السلام : وأجاب بعضهم عن كلام ابن المواز أيضـاً بأنه مبني على أحد القولين في تقييد المنكر بالقتل ، وفيه نظر ، والله أعلم .

فَإِنْ أَمْكَـنَ مَآلاً مِثْلَ : إِنْ كُـنْتِ حَامِلاً ، أَو : إِنْ لَمْ تَـكُونِي حَامِـلاً فَأَنْتِ طَالِقٌ ، فَـقَالَ مَـالِكٌ : هِيَ طَالِقٌ ، لأَنَّهُ لا يَدْرِي أَحَامِلٌ هِـيَ أَم لا ؟ وَقِيلَ : إِنْ أَنْزَلَ وُقِـفَتْ فِـيهِمَـا ، وَإِلا خُلِّيَ فِي الأُولَى ، وَطُلِّقَتْ فِي الثَّانِيَةِ ....

يعني : وإن طلق الطّلاق على صفة يمكن الاطلاع عليها في المآل وذكر اللّخميّ في هذه المسألة أربعة أقوال فـقال : إن قال لها : إن كنت حاملاً فـأنت طالق وإن لم تكوني حاملاً

---

(١) « المدونة » (٥/٤٦) .

فأنت طالق ، فإن كانت في طهر لم يمس فيه أو مس ولم ينزل كان محملها على البراءة ، فإن قال : إن كنت حاملاً لم تطلق ، وإن قال : إن لم تكوني حاملاً طلقت .

وكذلك إن كان يعزل لأن الحمل نادر ، واختلف إذا أنزل ولم يعزل على أربعة أقوال ، قال مالك في « المدونة »[1] : هي طالق مكانها لأنه في شك من حملها ، وسواء قال : إن كنت حاملاً ، أو : إن لم تكوني حاملاً .

وفي « الواضحة » : لا يقع عليها طلاق إلا أن يوقعه الحاكم ، وقال أَشْهَب : لا شيء عليه الآن ويؤخر أمرهما حتى تنظر هل هي حامل أم لا ، وفرق أصبغ بين أن يكون على بِرٍّ أو حنثٍ ، وقال: إن كنت حاملاً لم يقع الطَّلاق ؛لأنه على بر حتى يعلم أنها حامل ، وإن قال : إن لم تكوني حاملاً عجل الطَّلاق لأنه على حنث .

واختار اللَّخْمِيُّ قول أَشْهَب ، والقول الثاني من كلام المصنف هو قول أصبغ إلا أنه زاد: إن أنزل وقفت فيهما ـ أي: في الصورتين ـ لكن في كلام المصنف مخالفة للخمي ؛ لأن المصنف إنما ذكر القول الثاني إذا لم ينزل ، واللَّخْمِيّ ذكره إذا أنزل ، والله أعلم .

وَإِذَا وَقَفَتْ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا فَثَالِثُهَا : تَرِثُهُ ولا يَرِثُهَا

يعني : إذا فرعنا على مذهب « المدونة » من التخيير فلا ميراث ، وإن فرعنا على القول بالوقوف أو على افتقاره إلى حكم حاكم ، فمات أحدهما ، فقيل: يتوارثان .

ابن عبد السلام : وهو الأصح استصحاباً لحال الزوجية ؛ لأن الطَّلاق لم يقع إلى الآن بل وقوعه متعذرا لأجل الموت .

والقول الثاني : أنهما يتوارثان لحصول الشك في العصمة .

والثالث لسحنون : ترثه ولا يرثها؛ لأنه مرسل العصمة من يده بسبب يمينه .

وفيه نظر ؛ لأن الشك إن نهض مانعاً منع الجانبين وإلا لم يمنع منهما ، وقيد اللَّخْمِيّ قول سحنون بما إذا تبين له أنه كان باراً ، قال : وهذا الخلاف إنما هو إذا كانت يمينه بالثلاث ، ولو كانت اليمين بطلقة توارثا بالاتفاق لأنه وإن كان حانثا فهو طلاق رجعي .

وَمِثْلُهُ : إِنْ كَانَ أَوْ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي بَطْنِكِ غُلامٌ ، فِي التَّنجِيزِ والْوُقُوفِ

أي : فيأتي الخلاف المتقدم ، قوله : (**والْوُقُوفِ**) يعني : وعلى الوقوف تأتي الأقوال

(١) « المدونة » (٥/٧) .

في الميراث كما تقدم وسكت عن ذلك للعلم به ، وقول ابن عبد السلام : إنما أراد التشبيه في التنجيز والوقوف ولو أراد الإرث لقال : والإرث ليس بظاهر ، وهكذا كان شيخنا رحمه الله يقول .

فرع :

إذا قال : إن وَلَدْتِ ولداً فأنت طالق اثنتين، فولدت ولدين ، طلقت بالأول وانقضت عدتها بالثاني ، ولو قال : كلما ولدت ولداً فكذلك .

ابن سحنون عن أبيه : وإن قال : إن كان حملك جارية فأنت طالق واحدة ، وإن كان غلاماً فأنت طالق اثنتين ، فولدت غلاماً وجارية ، فإن ولدت الغلام أولاً طلقت اثنتين وتنقضي العدة بوضع الجارية ولا يلزمه بوضعها ، وإن ولدت أولاً الجارية لا يلزمه إلا طلقة.

وفي مِثْلِ : إنْ كُنْت تُحِبِّينِي أَوْ : إنْ كُنْت تُبْغضينِي ؛ يُؤْمَرُ بِفِرَاقِهَا ، وثَالِثُهَا : إنْ أَجَابَتْهُ بِمَا يَقْتَضِي الْحِنْثَ حَنِثَ ، ورَابِعُهَا إنْ أَجَابَتْهُ وصَدَّقَهَا

اعلم أنه لا خلاف في أمره بالفراق صرح بذلك ابن بشير وابن شاس[1] ، وهو الذي يؤخذ من كلام المصنف ، وإنما اختلف هل الأمر مع الجبر أم لا على أربعة أقوال وتصورها من كلامه ظاهر .

واختلف هل مذهب « المدونة » عدم الجبر مطلقاً أو التفصيل بين أن تجيبه بما يقتضي الحنث فيجبر ، وبين ما لا يقتضيه فلا يجبر ؟

وما ذكره المصنف من تعميم الخلاف هي طريقة بعضهم ، وجعل بعضهم الثالث تفسيراً للأولين ، ورأى بعضهم أنه لا يختلف في الجبر إذا أجابته بما يقتضي الحنث ، وإنما اختلف إذا أجابته بخلافه .

قال عبد الحميد : إن قصد لفظها فلا طلاق عليه إن جاوبته بما لا يقتضيه ، وإن قصد ما في قلبها فهو من باب وقوع الطَّلاق بالشك فيأتي الخلاف .

خليل : وينبغي إن ظهر من قرائن أحوالها بغضه أو محبته أن يعمل عليه ، وإن لم يظهر شيء فيكون محل الخلاف .

---

(١) « الجواهر » (٢/١٩٩) .

وَإِذَا شَكَّ أَطَلَّقَ أَمْ لا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَسْتَنِدَ إِلَى أَصْلٍ لَمْ يُؤْمَرْ

فهم من قوله : (**لَمْ يُؤْمَرْ**) عدم الجبر من باب الأولى ، وحكى صاحب « البيان » وعياض الاتفاق على عدم الجبر هنا ، وحكى التونسي في حنثه قولين ، وخرج اللَّخْمِيّ الحنث على القول بوجوب الوضوء في حق من تيقن الطهارة وشك في الحدث ، قال : وعلى القول بأن الوضوء مستحب يؤمر هنا بالفراق استحباباً ، وفرق غيره بين الشك في الطَّلاق والحدث بفرقين :

أولهما : عظم المشقة الناشئة عن الطَّلاق لو أمر به ، ويسارتها في الوضوء .

ثانيهما : أن المشكوك فيه يجب طرحه ، فالشك في الوضوء شك في المشروط ، وذلك يمنع من الدخول في الصلاة .

والشك في الطَّلاق شك في حصول المانع من استصحاب العصمة فيطرح المانع(١) .

فَإِنِ اسْتَنَدَ كَمَنْ حَلَفَ ثُمَّ شَكَّ فِي الْحِنْثِ وهُوَ سَالِمُ الْخَاطِرِ حَنِثَ عَلَى الْمَشْهُورِ

يعني : أن الشك إذا استند إلى سبب أقوى منه لأنه إذا لم يستند جرى مجرى الوسوسة، ومثل المستند بمن حلف ثم شك .

ابن عبد السلام : وفي مثاله نظر ، وليس مراد العلماء بالسبب هذا المعنى ؛ لأنه لا يلزم من وجود اليمين حصول الشك ؛ لأن من حلف بالطلاق لا يدخل زيد داره ثم شك هل دخل زيد داره أم لا ؟

فهذا من الشك الذي لا يؤمر فيه بطلاق ، وإن رأى إنساناً دخل تلك الدار وشبهه بزيد ثم غاب ذلك الإنسان بحيث يتعذر تحققه ، هل هو المحلوف على الدخول أم لا ؟ ففيه الخلاف ، والمشهور عند أبي عمران وجماعة من الشيوخ كما ذكر المصنف ، والمشهور عند الشيخ أبي محمد: الأمر من غير جبر .

اللخمي : وهو المعروف وهو الذي في الخلاف ، ونقله في « الواضحة » عن مطرف وابن الماجشون وابن القاسم .

واحترز بقوله : (**وهُوَ سَالِمُ الْخَاطِرِ**) مما لو كان ذا وسوسة فإنه لا شيء عليه ، قاله في « المدونة »(٢) .

---

(١) لأن القاعدة عندنا: أن الشك في الشرط يوجب التوقف ، والشك في المانع يوجب التمادي.
(٢) « المدونة » (٥/٥) .

قال في « البيان »[١] في باب طلاق السنة : الشك في الطَّلاق على خمسة أوجه : وجه لا يجبـر فيه على الطَّلاق ولا يؤمر به اتـفاقاً ، ووجه لا يجـبر عليه ، ويؤمر به اتفـاقاً ، ووجه لا يجبر فـيه ، واختلف هل يؤمر به أم لا ؟ ووجه اختلف فـيه ، هل يجبر أم لا ؟ ووجه يجبر عليه باتفاق .

فأما الذي لا يجبر فيه علـى الطَّلاق ولا يؤمر به فهو أن يحلف على رجل لا تفعل كذا ثم شك هل فعل أم لا ؟ لغير سبب قام عنده .

وأما الوجه الذي لا يجبر فيه على الطَّلاق ويؤمر به باتفاق فهو أن يحلف ألا يفعل فعلاً ثم شك هل فعل أم لا ؟ لسبب قام عنده .

وأما الوجه الذي لا يجـبر على الطَّلاق واختلف هل يؤمر بـه أم لا ؟ فهو أن يشك هل طلق أم لا ؟ وهل حلف وحنث أو لم يحـلف ؟ فقـال ابن القاسم : لا يؤمـر بالطلاق ، وقال أصبغ : يؤمر به .

وأما الوجـه الذي اختلـف فيه هل يجـبر على الطَّـلاق أم لا ؟ فهو أن يشـك في عدد الطَّلاق ، ومن هذا إذا قال لزوجته : أنت طالق إن كانت فلانة حائضاً ، فقالت فلانة : ما أنا حائض ، أو حلف لصدَقَتْـه ، فقالت له : صدقتك ، أو قال لهـا : إن كنت تبغضيني فقالت : لا أبغضك .

وأما الوجه الذي يجبر فيه على الطَّلاق باتفاق ، فهو أن يقول : إن كان أمس كذا فأنت طالق، لفعل يمـكن أن يكون ويمكن ألا يكون وقد عمى خـبره ، وكـذلك إذا طلق إحدى نسائه ولم يعينها ، أو قال : عينتها ونسيتها انتهى .

فالوجه الثاني مـن كلامه الذي حكى فيه الاتفاق على أنه يؤمـر ولا يجبر هو الذي ذكر المصنف أن المشهور فيه الحنث وعلى هذا فيتحصل في المذهب في هذا الوجه ثلاث طرق :

طريقـة أبي عمـران ـ وهي طريقة المصنـف ـ أن المشهـور الحنث ، وطريقة الشـيخ أبي محمد واللَّخميّ: أن المشهور عدم الحنث ، وطريق صاحب «البيان ».

وَفِيهَا : وكُلُّ يَمِينٍ بِالطَّلَاقِ لا يَعْلَمُ صَاحِبُهَا أَنَّهُ فِيهَا بَارٌّ فَهُوَ حَانِثٌ يَعْنِي يَشُكُّ

هذا استشهاد منه ـ رحمه الله تعالى ـ على أنَّ مذهب « المدونة » موافق لما شُهِّر ، وبهذا اللفظ تمسك أبو عمران .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٥/٤٢٩) .

وقـوله : (يَعْنِـي يَشُكُّ) هذا تفسير منه « للمـدونة » ، ولعل المصنف اعتمد في هذا التفسـير على ما قاله ابـن المواز : كل من حلف ثم شك في بره وحنثه فهو حـانث ما لم تكن يمينه بالله تعالى .

وأخرج المصنف بقوله : (يَشُكُّ) الظن والاعتقاد .

خليل : وانظر هل لا يؤمر بشيء إذا ظن البر كما يفهم من تفسير المصنف ، أو يكون أخف ؟ فعلى القول بالجبر مع الشك يؤمر هنا بغير جبر ، وعلى القول بالأمر مع الشك لا يؤمر هنا .

وَلو قَالَ : إنْ كتَـمْتني أَوْ كَذَبتني فَتُـخْبِرُهُ ولا يَدْري أَكتَمَـتْهُ أَمْ كَذَبَتْهُ أَمْ لا ؟ أمـر بِغَيْرِ قَضَاء ، وفِيهَا : ولَوْ حَلَفَ بِطَلَاقٍ فَلَمْ يَدْرِ أَحَنِثَ أَمْ لا أُمِرَ بِغَيْرِ قَضَاء

ذكر أيضاً هـاتين المسألتين حجة للقـول بعدم الحنث ، وينبغي أن يجري فـي مسألة (إن كذبتنى) الأقوال التي تقدمت في : إن كنت تحبيني أو تبغضيني .

فَإنْ شَكَّ أَوَاحِدَةً طَلَّقَ أَم اثْنَتَيْنِ أَمْ ثَلاثاً فَفيهَا : قَالَ مَالكٌ : لا تَحلُّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ، قَالَ ابْنُ القَـاسم : فَإنْ ذَكَرَ في الْعدَّة كَانَ أَمْلَكَ بهَا ، ويُصَدَّقُ ، وقـيلَ : رَجْعيَّةٌ - بنَاءً عَلَى أنَّهُ تَحقَّقَ التَّـحْرِيمُ ، وحِل الرَّجْعيةِ مَـشْكُوكٌ ، أَوْ تَحقَّقَ مِلْك الثَّلاث ، وسُقُـوطُ اثْنَتَيْنِ مَشْكُوكٌ ..

يعني : إذا تحقق وقوع الطَّلاق وشك في عدده ، فقال مالك في « المدونة »[١] : تطلق عليـه ثلاثاً بمعنى إيقاع مـا زاد على الواحدة لم يـقع على معنى التـحقـيق بل على طريق الاحتياط كما سيأتي ، واختلف هل على هذا القول يحكم عليه بالثلاث ؟ وهو الذي فهمه أكثر الشيوخ من «المدونة » كعبد الحق واللَّخْميّ ، ومنهم من فهمها على الأمر بذلك فقط.

قوله : (**قَالَ ابْنُ الْقَاسم : فَإنْ ذَكَرَ فِي الْعدَّة**) نحوه في «المدونة» ، ولا إشكال فيه على الأمـر بالثلاث من غـيـر جبـر، وأما عـلى الحكم بالثلاث فـلا يكون أحق ، قـاله بعض القرويين، وصدق ؛ لأنه شيء ما علم إلا من جهته .

ابن عبد السلام : ولا يمين عليه ، قال في « المدونة »[٢] : وإن ذكر ذلك بعد العدة كان خاطباً ويصدق في ذلك .

(١) « المدونة » (٥/٦) .
(٢) « المدونة » (٥/٦) .

وقوله : (وقِيلَ : رَجْعِيَّةٌ) نحوه في « الجواهر »[١] .

ابن عبد السلام : وتبع المصنف في هذا القول بعض المتأخرين ، وأنكر غيرهما من حفاظ الشيوخ وجوده في المذهب ، وأصول المذهب تشهد لوجوده .

وقوله : (بِنَاءً... إلى آخره) يعني :ومنشأ الخلاف: أن المشهور نظر إلى أن بالطلاق حصل التحريم ، والتحريم لا يرفعه إلا الرجعة إن كانت الزوجة مدخولاً بها ، أو تجديد العقد إن كانت غير مدخول بها فتلك الرجعة ، وذلك العقد يشترط في صحتهما بقاء بعض أهل العصمة الأولى وبقاء البعض مشكوك فيه ، فحصل الشك في صحة الرجعة والعقد فيبقى على الأصل المتيقن قبلهما وهو التحريم ، ورأى في الشاهد أن ملك الثلاث متيقن وقد وقع الشك فيما زاد عليها ، والأصل انتفاء ما لم يتيقن وقوعه ، والواحدة هي المتبقية فلا يقع غيرها .

وفهم من قوله : (وحِلِ الرَّجْعِيةِ مَشْكُوكٌ) أن الرجعة محرمة وهو المذهب كما سيأتي، وفهم أيضاً أن هذا الخلاف إنما هو في المدخول بها لأنها التي فيها الرجعة ، وأما غيرها فالواحدة تحرمها وقد تحقق ذلك .

وَعَلَى الْمَشْهُورِ: فَمَتَى تَزَوَّجَهَا بَعْدَ زَوْجٍ وطَلَّقَهَا وَاحِدَةً واثْنَتَيْنِ لَمْ تَحِلَّ لَهُ إلا بَعْدَ زَوْجٍ أَبَداً لِدَوَرَانِ الشَّكِّ مَا لَمْ يَبُتَّ ، ورَوَى أَشْهَبُ زَوَالَهُ بَعْدَ ثَلاثَةِ أَزْوَاجٍ وتَطْلِيقَتَيْنِ ...

يعني : وإذا فرعنا على المشهور من إيقاع الثلاث ثم زوجها بعد زوج ، ثم طلقها واحدة لم تحل له إلا بعد زوج ، وكذلك في زوج ثالث ورابع ، قال في « المدونة »[٢] : ومائة زوج ، لأنه إذا تزوجها ثانياً وطلقها واحدة ، قلنا: يحتمل أن يكون طلقت اثنتين ، فتكون هذه الطلقة مكملة الثلاث ، فإذا تزوجها ثالثاً بعد زوج ثان فكذلك ؛ لأنه يحتمل أن يكون المشكوك في عدده أولاً واحدة ، وكذلك يفعل فيما بعد ذلك .

عياض : ويجري على هذا ولو بعد ألف زوج ، ولهذا تلقب هذه المسألة بالدولابية لدورانها هكذا ، وكذلك إذا طلقها اثنتين ، ولا يحصل الدوران مع الاختلاف وإن كان ظاهر كلام جماعة حصوله ، وبيان ذلك: إذا طلقها طلقتين في الثاني وفي الثالث طلقة

---

(١) « الجواهر » (٢/١٩٩) .

(٢) « المدونة » (٥/٧) .

وفي الرابع طلقة ، فإن فرض المشكوك فيه ثلاثاً فهذه الأخيرة هي أول عصمة مستأنفة ، فإن فرض اثنتين فتكون ثانية ، وذلك إن فرض واحدة فاعلمه .

وقوله : (مَا لَمْ يُبُتَّ) ، أي : ما لم يطلق ثلاثاً فيزول الشك حينئذ ، وإذا تزوجها بعد زوج ترجع عنده على عصمة مستأنفة .

خليل : ويمكن أن يزيل الشك أولاً بأن يقول : إن لم يكن طلاقي ثلاثاً فقد أوقعت عليه تكملة الثلاث ، لأنه بين أحد أمرين إما أن طلقها ثلاثاً فلا شك ، وإن طلقها دون ثلاث فهي في عصمته فيقع بقية الثلاث ، اللهم إلا أن تنقضي العدة أو تكون غير مدخول بها ، وإلى هذا أشار عبد الحميد ، والله أعلم .

وروى أَشْهَب أن الشك يرتفع بعد ثلاثة أزواج .

ابن يونس [١] : ووجهه أ:نه لا يخلو أن يكون الطَّلاق الأول طلقة أو اثنتين أو ثلاثاً ، فإن كان ثلاثاً فقد تزوجها بعد زوج ، وإن كان اثنتين فقد طلقها بعد أن تزوجها بعد زوج فصارت ثلاثاً ، ثم تزوجها بعد زوج ، وإن كان واحدة فقد طلقها بعد الزوج الأول واحدة، وبعد الثاني ثانية ، وطلقة الشك الأولى ثالثة فوجب أن يزول الشك بعد ثلاثة أزواج .

قال في « البيان »[٢] : وبه قال أَشْهَب وابن وهب وابن حبيب، وقال يحيى بن عمرو : قد تدبرته فوجدته خطأً وقال ذلك فضل أيضاً ، وهو كما قالا ؛ لأنه لا يرتفع الشك ، ونقل ابن يونس في المسألة قولاً ثالثاً عن ابن وهب: أنه إذا طلَّقها ثلاثاً وإن كن متفرقات فإنها ترجع على ملك مبتدأ .

وأشار عياض إلى أنه وهم في ذلك وأنه راجع إلى القول الثاني وليس بثالث ، لأنه إن طلق ثلاثاً مجتمعة في كلمة واحدة فلا خلاف ، وأما المفترقات فمعناها من الأزواج وهو قول أَشْهَب .

فَإِنْ شَكَّ أَهِنْدٌ هِيَ أَم غَيرُهَا طُلِّقن كُلُّهُنَّ بِغَيرِ اسْتِئْنَافِ طَلَاقٍ

يعني : فإن طلق واحدة معينة من نسائه ونسي عينها ، أو حلف بطلاقها فحنث فإن نساءه الجميع يطلقن عليه .

---

(١) «الجامع» (٤/ ٥٤١) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٦/ ٣١١) .

قال في « الكافي »[١] : واتفق على ذلك قول مالك .

قوله : (**بِغَيْرِ اسْتِئْنَافِ طَلَاقٍ**) نحوه في «المدونة» ، قال في « الجواهر »[٢] : ويوقف ليتـذكر ولا يعـجل عليه بـالاتفاق لرجاء الـتذكر وإن طال الأمـد ورفعناه ضـرب له أجل الإيلاء، ونحوه للخمي وزاد : وقيل : يطلقن عليه من غير أجل .

اللخـمي : والصبر أحسن ؛ لأنه يرجو أن يتذكر ، فإن طلق ونوى التي لم يطلق حلتا للأزواج ، وإلا طلق السلطان عليه ونوى التـي لم تطلق ـ أي :لتحل للأزواج ـ وعلى هذا فيلزم إذا لم يتذكر أن يطلق التي لم يقع عليها طلاق ، فـيقول : امرأتي التي لم يقع عليها طلاق طالق ، خلاف قول مالك: يطلقن عليه من غـير استئناف طلاق ، وهو مذهب أبي حنيفة واستحسنه ابن عبد السلام .

ولعل الخلاف مبني على اختلاف الأصوليين في اختلاط الميتة بالذكية هل يحرمان معاً أو إنما تحرم الميتة ؟ فعلى الثاني لابد من استئناف الطَّلاق .

وَفِي : إِحْدَاكُنَّ طَالِقٌ ، أَوِ امْـرَأَتُهُ طَالِقٌ ، ولَمْ يَنْوِ وَاحِدَةً مُـعَيَّنَةً ، قَالَ الْمِـصْرِيُّونَ عَنْهُ : يُطَلَّقْنَ ، وقَالَ الْمَدَنِيُّونَ : يَخْتَارُ كَالْعِتْقِ ....

قـال في « البيـان »[٣] : المشهور المعلوم من قول مالك وأصـحابه: أن الجميع يُطَلَّقْن، وقال المدنيون : يختار واحدة كالمشهور في العتق .

والمشهور: أن العتق أحق ؛ لأنه يتبعض ولا يتـنجز إذا علق على زمان آت ، ويعتق فيه بالقرعة ، بخلاف الطَّلاق ، فإن قيل : فلِمَ لم يقل المدنيون في الأولى أيضاً يختار كهذه ؟ قيل : لأن الطَّلاق في الأولى وقع عـلى واحدة معينة ، وذلـك التعيين مانـع من نقله منها إلى غيرها ، ولهذا قلنا : إذا تذكر المطلقة لم يـلزمه في غيرها شيء ، فإذا لم تعلم المطلقة احتجنا إلى طـلاق الجميع ، بخلاف هذه فإنه إنما ألـزم نفسه الطَّلاف في غير مـعينة فكان تعيينه له .

وفهم من قوله : (**لَمْ يَنْوِ وَاحِدَةً**) أنه لو نوى معينة لصدق .

ابن بشير : بلا خلاف .

---

(١) « الكافي » (ص / ٢٧٧) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٥٣٤) .

(٣) « البيان والتحصيل » (٦/ ٢٧٠) .

قال في « المدونة »[١] : ويصدق في القضاء والفتيا ،وظاهرها نفي اليمين ؛ لتسويته بين القضاء والفتيا ، وحكى اللَّخْمِي وغيره في ذلك قولين ، وهما على الخلاف في أيمان التهم، وقال اللَّخْمِيّ : إن لم تكن عليه بينة لم يحلف على حال ، وإن كانت عليه بينة وقال : أردت فلانة وكان كلامه نسقاً صدق بغير يمين ، وإن لم يكن نسقاً وقال : نويت الشابة أو الحسنة أو من يعلم منه الميل إليها لم يحلف، وإن قال : نويت الأخرى حلف .

ابن بشير : وهذا إن كان التعيين والزوجتان في الحياة ، فإن عين بعد الموت فقال : المطلقة هي الميتة ، قبل قوله ، واستُظهر عليه باليمين .

وإن عكس فقال : المطلقة هي الحية ، وليس للميتة مال قبل قوله ، ولا يمين أيضاً ، وإن كان لها مال ، فقال اللَّخْمِيّ :لا يقبل قوله ، لأنه يريد الميراث ، والأصل قبول قوله ويُستظهر عليه باليمين ، لأنه كان مقبول القول فلا يرجع قبول قوله بموت الميتة .

فَإِنْ شَكَّ أَطَلاقٌ هُوَ أَمْ غَيْرُهُ فَفِي أَمْرِهِ بِالْتِزَامِ جَمِيعِ مَا يَحْلِفُ بِهِ عَادَةً قَوْلانِ

يعني : إذا تيقن أنه حلف يميناً ثم نسي ما حلف به ، والقول بالأمر مذهب « المدونة»[٢] ففيها من لم يدر بما حلف أبطلاق أو عتق أو مشى أو صدقة ؟ فليطلق نساءه ويعتق رقيقه، وليتصدق بثلث ماله ، وليمش إلى مكة ، يؤمر بذلك من غير قضاء ، وإذا تأملت كلام المصنف وجدته مخالفاً «للمدونة »؛ لأنه في «المدونة» إنما أمره بالتزام ما يحلف به عادة كالمصنف ، وعلى هذا ففي كلام المصنف نظر لكنه تبع ابن شاس .

وقال أصبغ : إن لم يدر بأى يمين حلف أبطلاق أو عتاق أو إيلاء أو مشى أو ظهار ؟ فإنه تلزمه ولا تجري على لسانه .

واعترضه اللَّخْمِيّ وقال : قول أصبغ: «أنه يجبر على المشى والصدقة» خلاف المعروف من المذهب ، ولعل ابن شاس رأى قول أصبغ إلا ما كان منها ليس من أيمانه ، فجعله تقييداً « للمدونة » وفيه بعد .

وقول اللَّخْمِيّ: «إن المعروف من المذهب في المشى والصدقة عدم الجبر» صحيح إلا أن ينص على الجبر فيهما إذ يحتمل أن يريد بلزوم ما ذكره في القضاء والفتيا أى يقضي عليه

---

(١) « تهذيب المدونة » (١/ ٣٩٧) .

(٢) « تهذيب المدونة » (١/٣٩٦) .

بما علم في غير هذا الموضوع أنه يقضي عليه به ، وذلك الطّلاق والعتق المعين والظهار على أن الصدقة ليس لها ذكر في كلام أصبغ .

التَّفْوِيضُ : تَوْكِيلٌ ، وتَمْلِيكٌ ، وتَخْيِير

يقال : فوض الأمر إليه إذا رده إليه وهذا مشترك بين التوكيل والتمليك والتخيير فلذلك جعل التفويض جنساً والثلاثة أنواعاً له ، والفـرق بين التوكيل وغيره أن التوكيل يفعل على طريق النيابة بخلاف غيره .

وأما الفرق بين التخـيير والتمليك فقيل :أمـر عرفي لا مشاركة للغة فـيه ، فقولهم في المشهور كـما سيأتي أن للزوج أن يناكر المملكة دون المخيرة إنما ذلك مستـفادٌ من العرف ، وعلى هذا ينعكس الحـكم بانعكاس العـرف ، وقيل : هـو وإن كان تابعـاً للعـرف إلا أن العرف موافق للغة أو قريب منهـا ؛ لأن التمليك إعطاء ما لم يكن حاصلاً ، فلذلك قلنا: إن للزوج أن يناكرها ، لأن الأصل بقاء ملكه بيده .

أما التخيير: فقال أهل اللغة : خيـرت فلاناً بين الشيئين إذا فوضت إليه الخيار ، فيكون على هذا معنى تخيير الزوجة أن الزوج فوض إليها البقاء على العصمة والذهاب عنها وذلك إنما يتأتى لها إذا حصلت على ما لا يبقى للزوج معها رجعة .

فِفي التَّوْكِيلِ : يَرْجِعُ قَبْلَ أَنْ توقِعَ

تصوره ظاهـر ، ونحوه في « التلقين » وهو مـقيد بما إذا لـم يتعلق للمـرأة حق صرح بذلك ابن بشير كما إذا قال لها: إن تزوجت علـيك فقد جعلت أمرك بيدك أو أمْرُ الداخلة بيدك توكيلاً لا تمليكاً فـهنا قد تعلق للمرأة حق في التوكيل فلا يكون لها عـزلها وهذا كما قلنا :إن للموكل عزل الوكيل ما لم يتعلق به حق الغير .

واقتضى كلام المصنف: أنه ليس للموكل له عند وكيله ما لم يتعلق به حق الغير الرجوع في التمليك ، وهو كذلك في «التلقين»[١] ليس له أن يرجع إلى أن يبطل تمليكها .

الباجي[٢] : وهو مما انفرد به .

وَالتَّـمْليكُ : مثلُ : مَلَّـكْتُك أَمْرَك ، أَوْ أَمْـرُك بيَدك وَطَلاقُـك بيَدك ، وطَلِّقي نَفْسَك ، وأَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شِئْتِ أَوْ كُلَّمَا شِئْتِ ؛ فَتَمْنَعُ نَفْسَهَا ، وَلا تُتْرَكُ تَحْتَهُ حَتَّى تُجِيبَ ....

هذه صيغة التمليك وقدم (**مَلَّكْتُك**) لأنها صريح هذا الباب فلما كان (**أَمْرُك بِيَدِك**)

---

(١) «التلقين» (ص/ ١٣٢ ـ ١٣٣) .

(٢) «المنتقى» (٤/ ٢٢) .

أقرب في باب التمليك من (**طَلاقُكِ بِيَدِكِ**) جعل (**أَمْرُكِ بِيَدِكِ**) إثر (**ملكتك**) ولا يُقال : لا ينبغي عدّ (أمرك بيدك) لأن الأمر هو الشأن وشأنها بيدها قيل: قوله لأن أمرك بيدك في هذا الباب المراد منه الإنشاء .

وقوله : (**فَتَمْنَعُ نَفْسَهَا**) أي: إذا ملكها وتخصيصه هذا للتمليك يقتضي أنها ليس لها ذلك في التوكـيل وهو ظاهر لأن للزوج عزلها وإذا كان لهـا المنع فليس لها أن تطول على زوجها وإنما لها ذلك في المجلس وشبهه كما سيأتي .

وقوله : (**حَتَّى تُجِيبَ**) يحتمل أن يكون غاية للجملة الأخيرة وهي (**وَلا تُتْرَكُ تَحْتَهُ**) ويُحتمل أن يكون غاية لها ولقوله : (**فَتَمْنَعُ نَفْسَهَا**) وهو الأقرب .

وَالْجَوَابُ قَوْلٌ صَرِيحٌ وَمُحْتَمَلٌ ، وفِعْلٌ ، فَالصَّرِيحُ يُعْمَلُ بِهِ فِي رَدِّ التَّمْلِيكِ والطَّلاقِ

يعني : وجواب المرأة إذا صدر من الرجل التمليك ينقسم إلى (**قَوْلٌ.. وفِعْلٌ**) والقول ينقـسم إلى (**صَرِيحٌ وَمُحْتَملٌ**) لأنه إذا كان نصا في المراد فهو صـريح وإلا فهو محتمل وينبغي أن يكون الفـعل أيضاً ينقسم كذلك لأنه وإن لـم تكن له دلالة بالوضع بل بالقرائن المحتفة به فتلك القرائن إما أن تحتمل النقيض أو لا .

ولعل المصنف ترك تقسيمه اكتفاءً بما سيذكره .

وقوله : (**فِي رَدِّ التَّمْلِيكِ**) كما لو قالت : رددت ما جعلت إليّ أو لا أقبله (**والطَّلاق**) عُطِفَ عـلى (**رَدِّ**) تقديره ، وإيقاع الطّلاق كمـا لو قالت : طلقت نفسي أو بنتُ منكَ أو بنتَ منِّي .

مَا لَمْ تُوقِعْ أَكْـثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ فَـلَهُ مُنَاكَرَتُهَا فِي قَـصْدِهِ عَلَى الْفَوْرِ ويَحْـلِفُ ، فَإِنْ لَـمْ يَنْوِ وَاحِدَةً وَقَـعَت الثَّلاثُ ، فَلَوْ قَـالَ : لَمْ أُرِدْ طَلاقاً وقع مـا زَادَته ، فَإِنْ رَجَعَ فَـفِي قَبُـولِ قَوْلِهِ قَـوْلان ، أَمَّا لَوْ شَـرَطَ عِنْدَ نِكَاحِـهِ أَوْ قَبْلَهُ - مـثل : إِنْ تَزَوَّجْتُ عَلَيْكِ فَـأَمْـرُكِ بِيَدِكِ - فَـلا مُنَاكَرَةَ لَهُ فِي الثَّلاثِ بَنَى أَوْ لَمْ يَبْنِ ....

يُريد: إذا أجابت صريحـاً بالطلاق فإن صرَّحت بالواحدة إن لم تنو شيـئاً وإنما صرحت بمجرد الطَّلاق وقعت واحـدة وإن أوقعت أكثر فله مناكرتها بأن يكون : إنمـا قصدت واحدة بشروط أن يناكرها بالفور ، فإن تراخى أي لزمه ما أوقـعته وسُئل أبو بكر بن عبد الرحمن

عمَّن ملَّك امرأته فقضت بالثلاث فلم يناكـرها هل يدخل في مناكرتها بعد المجلس الخلاف الذي في المرأة ببطلان خيارها بانقضاء المجلس أم لا ؟

فقال : لا يدخل وسكوته التزام بما قصدت بخلاف المُمَلكة وإلى هذا أشار بقوله (**عَلَى الْفَوْرِ**) .

ثانيـهـا : أن يحلف ، فإن لم يحلف فـفي « المبسوط » عن القاضي إسمـاعيل تلزمه الثلاث.

مالك في « العتبية » [١]: ولا تنقلب اليمين على المرأة لنكوله ، قال في « البيان »[٢] : ولا خلاف في ذلك إذا لم يعلم صـدقه من كذبه في ما ادَّعاهُ من النِّـية ، قال: وليس في حلفه خلاف .

ابن عبد السلام : وأصله من يمين التهمة .

فرع :

ومتى يحلف ؟ قال ابن المواز : إن كانت مدخـولا بها حلف مكانه إذ له الرجعة ، وإن كانت غير مدخول بها لم يحلف إلا إذا أراد أن يتزوجها ولا يحلف قبل ذلك ، إذ لعله لا يتزوجها، قال الباجي[٣] وغيره : لا يحلف في المدخول بها إلا عند إرادة الارتجاع إذ لعله لا يرتجعهـا ، ولعل ابن المواز إنما ألزمه اليمين ناجـزاً لتحقيق أحكام الزوجيـة الحاصلة في المطلقة طلاقاً رجعياً للنفقة وموارثة واستمتاع عند من يراه .

ثالثـها : أن ينوي واحدة عند التمليك ، فلو نوى بعده أو لو لم ينوِ شيئاً وَقَعَ مَا أوْقَعَتْهُ وإلى هذا أشار في قوله :

(**فَإِنْ لَمْ يَـنْوِ وَاحِدَةً وَقَعَـتِ الثَّلاثُ**) وأشار إلى اشتـراط القطع من التمليك بقوله أولاً (**فِي قَصْدِهِ**) .

وقوله : (**فَإِنْ لَمْ يَنْوِ وَاحِدَةً**) فيه نظر ؛ لأنه يقتضي أنه لو نوى اثنتين أن يقع الثلاث

---

(١) « البيان والتحصيل » (٢٢٣/٥) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٢٢٣/٥) .

(٣) « المنتقى » (٤٢٥/٥) .

ولو كان كما في « المدونة »[1] إلا أن يناكرها الزوج مكانه فيحلف ويلزمه ما نوى من واحد فأكثر لكان أحسن .

رابعها : أن يقصد بالتمليك الطَّلاق وإليه أشار في قوله : (**فَلَوْ قَالَ : لَمْ أُرِدْ طَلاقاً وقع مـا زَادَته**) و«زادته» بالزاي المعجمة وفي بعض النسخ (أرادته) من الإرادة والمعنى متقارب وقوله : (**فَـإِنْ رَجَعَ**. . . إلخ) يعني: فإن أنكر أن يكون قصد الطَّلاق فقلنا: يلزمك ما أوقعتَه من الثلاث فرجع وقال إنما نويت واحدة ، فهل تقبل هذه النية منه ؟ وهو رواية ابن القاسم عن مالك بعد حلفه أو لا يُقبل منه وهو ندم من قائله وهو قول أصبغ .

أصبغ : والقول الأول وَهْم من ناقله واختاره غير واحد وهو الذي يأتي على المشهور في ما إذا أنكر المودع الوديعة فـأقام ربها البينة على الإيداع فقال المودع : رددتهـا ؛ فلا يسمع قوله ولا بَينتــه على الرد وكذلك إذا أنكر المدين الدين أو المشتـري الشراء وأُقيمت عليـهما البينة بالدين والشراء فزعما الوفاء ، بل قـبول قوله في هذه المسألة أولى من قبول قوله في مسألة التـمليك ، لأن الوديعة التي قامت على ردها البَينة وكـذلك الدين وثمن السلعة قد يسوغ في الشرع أو يظن كثير من العوام أنه سائغ ويقول : إنما أنكرت لعلمي أنه لا شيء له عندي وخفت متـى أقررت له بذلك أن يطالبني فأتكلف إقامـة بينة وهي الغائبة أو تزكيـتها ونحو ذلك .

وأما إنكار إرادة الطَّلاق بقوله :(**ملكـتك**) مع أنه يعلم من نفسه إرادة الطلاق ، فلا يَجْهَلُه أحد فناسب ألا يُعذَر .

أصبغ : وإنما تنفعه النية التي خرج لفظ التمليك عليها لا ما حدث له بعد القول .

محمد : إلا رواية أَشْهَب عن مالك فيمنْ مَلَّك امرأته وهو يلاعبها فتقول : قد تركتك؛ فيقول الرجل : كنا لاعبين ولم أرِد طلاقاً .

قال مالك : يحلف ما أراد إلا واحدة .

وفي مسألتهم شُبهة قيل : أعليه حرج أن يحلف والله يعلم أنه لم يرد شيئاً قال : لا ، قد أُمِر بذلك ويحلف ما أراد الطَّلاق وتكون واحدة .

محمد : وليس بأصل مالك لأنه ملكها ولم يُرِد واحدة ، والله أعلم .

---

(١) « المدونة » (٥/٩) .

خامسها : أن لا يكون التمليك مشترطاً عليه في أصل العقـد ، فإن كان مشترطاً ففي «المدونة »[1] في كتاب الأيمان بالطلاق : لها أن تطلق نفسها بالطلاق ولا مناكرة له ، بنى أو لم يبن ، فإن طلقت نفسها واحدة وقد بني بها فله الرجعة وإن لم يبن بها فقد بانت وإلى هذا أشار في قوله: (**أَمَّا لَوْ شَرَطَ**. . . إلخ) وهذا هو المشهور ، وفي سماع عيسى : إن لم يبن بها طلقت نفسها واحدة لا أكثر لأنها تبين بها وقد علمت أن مذهب « المدونة » إذا طلقت المدخول بها نفسها واحدة أن له الرجعة .

وقال سحنون وغيره : لا رجعة له ، لأن ذلك مشترط في أصل النكاح وقرره ابن عتاب بأنه راجع إلى الخلع ، لأنها أسقطت من صداقها لشرطها ، قال : وقوله في «المدونة» جار على غير أصوله .

واحترز بقوله : (إلا أن يكون التمليك مشترطاً في أصل العقد) مما لو ملكها فيه طائعاً من غير شرط فإن له مناكرتها ، نص عليه غير واحد .

واختلف إذا لم يحصل التنصيص على الطَوْع أو الشرط ، فقال ابن العطار : ذلك على الطوع ، وقال أبو الوليد وابن فتحون : ذلك على الاشتراط .

قوله : (**أَوْ قَبْلَهُ**) أي: قبل العقد وهو كالمستغني عنه ؛ لأنه إن استديم إلى عقدة النكاح فلا شك في اعتباره وإن لم يتعرض له في عقدة النكاح أُلغى فدار الأمر مع ذكره في عقدة النكاح وجوداً وعدماً .

وَتَقَعُ الْوَاحِدَةُ ثُمَّ لا تَزِيدُ إلا فِي كُلَّمَا ، أَوْ يَكُونُ نَسَقاً لَمْ يَنْوِ بِهِ التَّأْكِيدَ كَطَلاقِهِ قَبْلَ الْبِنَاءِ....

يعني : أن المَملَّكة إذا أوقعت واحدة وقعت وليس لها أن تزيد عليها إلا في صورتين :

الأولى : أن تكون الصيغة مقتضية للتكرار ، كما إذا قال : كلما شئت فأمرك بيدك .

والثانية : أن تكون نسقا فلا تقبل منه المناكرة في إرادة التكرار بخلاف الصورة التالية .

واسم (**يَكُونُ**) في كلام المصنف يحتمل أن يعود على تمليكه وعلى ذلك مشّاه ابن راشد، وعليه فيقرأ (**يَنْوِ**) بالياء المثناة من أسفل .

---

(١) « المدونة » (٣/٥) .

ويحتمل أن يعود على جوابه وعلى ذلك حمله ابن عبد السلام ، وعليه فيُقرأ (تَنْوِ) بالتاء المثناة من فوق والوجهان في « المدونة » .

أما **الوجه الأول** : ففيها[١] : وإن قال أمرك بيدك ، أمرك بيدك ، أمرك بيدك فطلقت نفسها ثلاثاً سُئل الزوج عما أراد فإن نوى واحدة حلف وكانت واحدة وإن نوى الثلاث فهي الثلاث، وإن لم تكن له نية فالقضاء ما قضت من واحدة فأكثر ولا مناكرة له .

وأما الوجه الثاني ففيها[٢]: وإن ملكها قبل البناء ولا نية فطلقت نفسها واحدة ثم واحدة ثم واحدة فإن نسقتهن لزمه الثلاث إلا أن تنوي واحدة كطلاقه إياها إذا كان نسقاً قبل البناء ولا ترقى على الوجه الأول بين أن يعطف تمليكه أم لا ، فقد رُوي عن مالك في من ملك زوجته فقالت: كم ملكتني ؟ فقال : مرة ومرة ومرة ، ففارقته فليس ذلك بثلاث إذا حلف ما ملكها إلا واحدة .

التونسي : وهو مُشكِل بأنه قد أبان بقوله : مرة ومرة ومرة ،أنه أراد ثلاثاً إلا أن يكون قصد إلى حكاية الألفاظ وأنه تمليك واحد .

قال في « البيان »[٣]: إن قال: أمرك بيدك فقالت: قد قبلت، ثم قال: أمرك بيدك فقالت: قد قبلت ثم كذلك ، فإن لم تكن للزوج نية وقع في الثلاث بالاتفاق ، وإن قال لم أنو إلا واحدة ففي «الموازية» عن مالك : تقع الثلاث .

محمد : والأحسن أنها واحدة ويحلف .

وقوله في « المدونة » : إن ملكها قبل البناء ؛ يريد: أو بعده من باب الأولى ، ولهذا لم يخصص المصنف .

وَالْمُحْتَمَلُ مِثْلُ : قَبِلْتُ أَوْ قَبِلْتُ أَمْرِي أَوْ مَا مَلَّكْتَنِي فَيُقْبَل تَفْسِيرُهَا مِنْ رَدٍّ، أَوْ طَلَاقٍ أَوْ بَقَاءٍ

لما تكلم على الصريح شرع في المحتمل ومثله بثلاثة ألفاظ لأن كل واحد منها يحتمل أن يُفَسر بالرد أى رد التمليك والاستدامة على العصمة أو بالطلاق أو بالبقاء ، أى: البقاء على النظر في الأمر ولا إشكال في تفسير كل من الألفاظ الثلاثة بالطلاق والبقاء ، وأما التفسير

---

(١) « المدونة » (٥/ ٣٨٤) .
(٢) « المدونة » (٥/ ٣٨٤) .
(٣) « البيان والتحصيل » (٥/ ٢٢٩) .

بالرد ففيه نظر بأن القبول ليس موضوعاً للردِّ وليس الرد من مقتضى القبول بل دافع لمقتضاه وقد يُجاب عنه بـأنه لما كان الرد من آثار قبول النظر في الأمـر صح التفسير بـه على سبيل المجاز ، والله أعلم .

وما ذكره المصنف هو المشهور ، وقيل: يلـزمه الطَّلاق إذا قالت: قبلت أمرى ولا تُسأل وهل قبلت نفسي كقبلت أمرى وهو مقتضي بالطلاق قولان .

وَالْفِـعْلُ : إِنْ كَانَ مِـثْلَ أَنْ تَنْتَـقِلَ أَوْ تَنْقُلَ قُمَـاشَـهَا وَتَنْفَـرِدَ عَنْهُ ، وَمِـثْلَ أَنْ تُمَكِّنَهُ مِنْ مُبَاشَرَتِهَا طَوْعاً فَكَالصَّرِيحِ فِيهِمَا ....

(**فِيهِـمَا**) أى :في الطَّلاق والردِّ ، فنقلها لقماشها وانفرادها عنه (**فَكَالصَّـرِيحِ**) في الفراق وتمكينها له لمبـاشرتها (**فَكَالصَّـرِيحِ**) في الرد وفيه حذف مـضاف ـ أى: كاللفظ الصريح ـ وهو يقتضي أنها لو قالت لم ترد بنقل القـماش والاستتار عنه والبعد منه الطَّلاق لم يُقبَل منها ؛ لأن ذلك يجري مجرى جـوابها بالطلاق ، وكذلك قال مالك على ما نقله اللَّخميّ وعليه اقتصر في « الجواهر »[1] .

ونقل ابن محرز عن عبد الوهاب وأومئ إلى ترجيحه بأنها لو فعلت ما يدل على رضاها به كما لو قبلته لما كان لها كلام ، وإن لم ترد الرضا فكذلك إذا فعلت ما يدل على فراقه، ونقل ابن محرز عن مالك : أنه لا يكون طلاقاً إلا إذا أرادت به ذلك ، وبه قال ابن وهب ومحـمد ، وهو الذي اقتصـر عليه في « المقدمـات » ، وإليه يرجع اختيـار اللَّخْمِيّ؛ لأنه قال: أرى أن تسأل لم فعلت ذلك ؟ فإن قالت : خمرت وجهي كراهية في رؤيته ، ونقلت متاعي خيفة أن يحتال عليّ فيه ، صُدِّقت ولم يكن فراقاً .

وإذا ألزمناه بذلك الطَّلاق فـقال عبـد الملك : إن قالت بعد أن خـمرت رأسـها ونقلت قماشها أردت البتة ، فله أن يناكرها ويحلف أنه ما ملكها إلا واحدة .

قال ابن القاسم : لا يُنوّي .

الباجي[2] : ووجهه أن الظاهر من فعلها البينونة فترك الإنكار عليها في المجلس يقتضي الرضا بالثلاث .

(١) « الجواهر » (٢/ ٥٣٥) .

(٢) « المنتقى » (٥/ ٤٢٥) .

وقيل : عليه أن يحلف يميناً أخرى أنه لم يظن انتقالها وما فعلت يكون طلاقاً بائناً .

ومقتضى قول ابن الماجشون وسحنون وأصبغ أن ذلك يلزمه مع يمينه أنه لم يملك إلا واحدة .

وقال ابن المواز : يمين واحدة تجزئه لجميع ذلك وهذا ليس بخلاف في الظاهر ، انتهى .

وقيّد المصنف التمكين بأن تكون طائعةً لأنها لو لم تكن طائعة كانت على خيارها ، وأحرى إذا كانت غير عالمة ، ويعاقب الزوج في فعله ، نص عليه في « المدونة » .

وهو وإن كان في « المدونة » إنما نص على المعاقبة في التخيير ، فالتمليك مساوٍ له في ذلك .

ونظير هذه المسألة في عدم السقوط خيارها بالوطء إذا كانت غير عالمة : الأمة تعتق تحت العبد ، ومن شرط لها إن تزوج عليها أو تسري فأمرها بيدها وفعل ولم تعلم ، قاله في «المدونة »[1] .

وإن ادعى على المملكة العلم فلا قول لها ، فإن أعلمها وأمكنته وادعت الجهل لم تعذر، فإن اختلفا في الإصابة فالقول قولها ، إلا أن تكون هناك خلوة ، وإن أصابها وقالت : أكرهني ، فالقول قوله مع يمينه ، بخلاف إذا قبلها فالقول قولها مع يمينها .

فَإِنْ لَمْ تُجِبْ وتَفَرَّقَا ، أَوْ طَالَ طُولاً يُخْرِجُ عَنِ الْجوَابِ فَفِي بَقَائِهِ كَالتَّخْيِيرِ رِوَايَتَانِ ، وعَلَى بَقَائِهِ يلْزمُ الحَاكِم بِالإِيقَاعِ أَوِ الرَّدِّ وإلا أَسْقَطَ

الروايتان في « المدونة » والذي رجع إليه مالك أنه يبقى وإن تفرقا وطال ما لم توقف أو توطأ ، وأخذ ابن القاسم بالقول الأول ، أنهما إذا تفرقا من المجلس أو طال بهما حتى يعلم أنهما تركا ذلك ، وخرجا من الكلام الذي كانا فيه إلى غيره بحيث يعلم أنهما تركا ما كانا فيه بطل ، قال فيها : وعلى هذا جماعة من الناس ، ونقل أَشْهَب أن مالكاً إنما قال ببقائه وإن انقضى المجلس مرة ثم رجع عنه إلى أن مات .

واختار عبد الحميد القول بأنه بيدها وإن تفرقا ، ورأى اللَّخْمِيُّ أنها تمهل ثلاثة أيام قياساً على الشاذ في من وجبت له شفعة أنه يمهل ذلك ، وفيه نظر ، لأن المملك كالطالب للجواب ، بخلاف حق الشفيع فإنه ثابت بالشرع ، ولهذا قيل في الشفيع : إن حقه باق

---

(١) « المدونة » (٥/ ٣٨٢) .

أبداً ، وعلى القول بالسقوط بانقضاء المجلس فذلـك بشرط أن يمكنها القضاء وأما لو ملكها وأسرع القيام عنها لم يسقط خيارها ولا تمليكها قاله في « الجلاب »[1] .

واعلم أن هاتين الروايتين إنما هما في التمليك المطلق ، أى إذا قال لها : أمرك بيدك .

قـال في « المقـدمـات »[2] : وأما التمليك المـفوض فهو أن يقول لهـا : أمرك بيدك إن شـئت، أو إذا شئت ، أو مـتى شـئت ،أربعة ألفـاظ يكون بهـا التفـويض وهي تخـتلف باختلاف معانيها، فأما متى شئت فلا يختلف أن الأمر بيدها ما لم توقف وإنما يختلف هل يقطع ذلك الوطء أم لا يقطعـه فيقطعه علـى مذهب ابن القاسم، ولا يقطعـه على مذهب أصبغ .

وأما : إن شئت ، أو : إذا شئت ، فيختلف فيه على ثلاثة أقوال :

أحدها : قول مالك: أن ذلك كالتمليك المطلق سواء .

والثـــاني : قول ابن القاسم: أن الأمـر بيدها ما لم توقف بخلاف مـذهبه في التمليك المطلق.

والثـــالث : لأصبغ إن قال : إن شئت ؛ كـان الأمر بيدها في المجلس ، وإن قال : إذا شئت ؛ كـان الأمر بيـدها حتى توقف ، ولا يقطع ذلك الوطء عنـده في : إذا ، بخلاف قوله : إن .

واختلف قول ابن القـاسم إذا قال : أنت طالق إن شئت ، فله في « المدونة »: أن ذلك تفويض والأمـر إليها حتى توقف ، وله فـي «الواضحة »:أنه لا قضـاء لها إلا في المجلس بخلاف قوله : أمرك بيدك إن شئت ، وهو الصحيح ، وقد تأول بعض الناس على ما لابن القاسم في « المدونة » أن : أمرك بيدك إن شئت ، ليس بتفويض بخلاف قوله : أنت طالق إن شئت ، ووجه ذلك بتوجيه بعيد ، حكى ذلك أبو النجاء في كتابه ، انتهى .

وحكى ابن بشيـر في ما إذا قـال لها : أنت مخـيرة أو مملكة إن شـئت ، وإذا شئت ، طريقين للمتأخرين :

أحدهما : أن ذلك القولين السابقين في التمليك المطلق .

والثـــاني : أنه يتفق على أن الخيار لها بـعد المجلس ، ولا خلاف أنه لو نص المخير أو

(١) « التفريع » (٢/ ٥٠) .

(٢) « المقدمات » (١/ ٣١٢) .

المملك على أن ذلك لا يكون للمرأة إلا إن اختارت في الحال ، أو نص على أن ذلك بيدها وإن تفرقا ، أنه يعمل على ذلك .

فرع :

الأول : إذا ثبت أن لمالك فيما إذا خيرها ثم انقضى المجلس قولين ، فذلك إنما هو إذا ملكها وهي حاضرة ، وأما لو خيرها وهي غائبة من المجلس ثم بلغها ذلك فهل تكون بمنزلة ما لو كانت حاضرة ؟ فيختلف فيه على قولين ، وهي طريقة اللَّخْمِيّ ، وقال : والقول ببقائه أحسن ، لأن لفظه هنا لا يقتضي جواباً ، أو يتفق هنا على أن لها القضاء وإن انقضى المجلس طريقان .

وإلى الأولى ذهب صاحب « المقدمات »[1] فقال : وأما إن كتب إليها أو أرسل إليها رسولاً فلم يختلف قول مالك أن ذلك بيدها وإن لم تقض ساعة وجب لها التمليك ، وقيل : بيمين ، وقيل : بغيرها ما لم يطل ذلك حتى يتبين أنها راضية بإسقاط حقها ، والطول في ذلك أكثر من شهرين على ما في سماع ابن القاسم ، إلا أن يكون الزوج حاضراً حين التمليك وتمنعه نفسها فيكون ذلك بيدها وإن طال الأمر كالأمة المعتقة تحت العبد ، وروى ابن وهب أن حقها يسقط إذا لم تقض ساعة وجب التمليك كالمملكة التي تواجه بالتمليك ، انتهى .

تنبيه :

وإن قالت المرأة في المجلس : قد قبلت أمري فلها أن تقضي بعد المجلس ولا يدخله اختلاف قول مالك ، أشار إليه في « المدونة » ، ونص عليه الباجي[2] وغيره .

صاحب «البيان»[3] : وليس ذلك بالبين إلا إذا قيدت القول بالمجلس فلم ينكر عليها الزوج، ويكون سكوته كالإذن ، وأما إن رد عليها وقال لها : إما أن تقضي أو تردى فالمسألة جارية على القولين .

قوله : (**وعلى بقائه**) أي :إذا فرع على قول مالك الثاني فإن الحاكم لا يمهل أمرها

---

(١) « المقدمات » (٣١٢/١) .

(٢) « المنتقى » (٤٢٦/٥) .

(٣) « البيان والتحصيل » (٥/ ٢٣٠) .

ويتركها ولو رضـى الزوج بذلك لحق الله تعالى في بقاء العصمة على الشك بـل يوقفها ، فإما أن توقع الطَّلاق أو ترد التمليك .

قوله : (وإلا) أي : وإن لم تفعل أحد الأمرين أسقط الحاكم ما بيدها .

والتَّخْيِيرُ مِثْلُ : اخْتَارِينِي أَوِ اخْتَارِي نَفْسَكِ ، وهُوَ كَالتَّمْلِيكِ إلا إِنَّهُ لِلثَّلاثِ فِي الْمَدْخُولِ بِهَا عَلَى الْمَشْهُورِ نَوَيَا أَوْ لَمْ يَنْوِيَا مَا لَمْ يُقَيَّدْ فَيَتَعَيَّنُ مَا قُيِّدَ ...

لما انقضى كلامه على التمليك شرع في التخيير وهو كالتمليك أي فيما تقدم من عدم العزل والجواب ، ثم استثنى من ذلك أنه الثلاث المدخول بها من غير مناكرة وسواء نوى الزوجان ذلك أم لا .

واحترزنا بالدخول بها من غيرها كالمملكة ، فله أن يناكرها فيما زاد على الواحدة ، كما سيأتي ومقابل المشهور القولان الآتيان في كلامه .

عياض : والمتحصل من الأقوال في مذهبنا في التخيير ستة أقوال :

أشهرها مذهب «الكتاب» : أن اختيارها ثلاث ولا مناكرة للزوج نوت المرأة الثلاث أم لا ، وأن قضاءها بدون الثلاث لا حكم له .

ثم اختلف هل هو مسقط للخيار ولا قضاء لها بعد أم لها القضاء ثانية ؟

الثاني : أن لها الثلاث بكل حال وإن نوت دونها أو لم تنو شيئاً ولا تسأل عن شيء ، ولا مناكرة للزوج وهو قول عبد الملك .

الثالث : أنها واحدة بائنة ، وهو الذي ذكره ابن خويز منداد عن مالك وهو أحد مذهبي علي بن أبي طالب .

وتأوله اللَّخْمِيّ على حكاية ابن سحنون عن أكثر أصحابنا واختاره هو .

الرابع : أن للزوج المناكرة في الثلاث والطلقة بائنة وهو قول ابن الجهم ، وهو الظاهر عندي ، من معنى ما حكاه ابن سحنون عن أكثر أصحابنا إلا ما تأوله اللَّخْمِيّ .

الخامس : له المناكرة والطلقة رجعية ، وهو ظاهر قول سحنون ، وعليه تأولها اللَّخْمِيّ كالتمليك وهو قول عمر وعلي أولاً .

السادس : أنها إن اختارت نفسها فهي ثلاث ، وإن اختارت زوجها أو ردت الخيار عليه فهي واحدة بائنة ، وهو قول زيد بن ثابت ، وحكاه النقاش عن مالك ، انتهى .

وقوله : (مَا لَمْ يُقَيَّدْ) فيتعين ما قيد ، كما لو قال لها : أنت طالق بالخيار في طلقة أو طلقتين وهل عليه يمين إذا قال : اختاري واحـدة ؟ فلا خلاف في وجوب اليمين أنه ما أراد إلا واحدة لأنك تختارين مرة واحدة ، وإن قال : اختاري من الطَّلاق واحدة أو من الطَّلاق طلقة ، أو اختاري طلقة فلا يمين عليـه بلا خلاف ، واختلف في وجوب اليمين إذا قال : في أن تطلقي نفسـك طلقة واحـدة وفي أن تقيمي عـلى قولين ، ونسب اللَّخْـمِيّ وجوب اليمين لابن القاسم ، وقال : عدم اليمين أحسن ، وقد تقدم الفرق بين التخيير في أنه ليس له مناكرة بخلاف التمليك أول الباب .

وَقَالَ اللَّخْـمِيّ : يَنْتَزِعُهُ الحَـاكِمُ مِنْ يَدِهَا مَا لَمْ تُوقِعْـهُ ؛لأَنَّ الثَّلاثَ مَمْنُوعَـةٌ ، وقِيلَ : يَجُـوزُ بِآيَةِ التَّخْـيِيـرِ ، وأُجِيبَ بِأَنَّ السَّـرَاحَ فِيهَـا لا يَقْتَـضِي الثَّلاثَ ؛ ولأَنَّ الـرَّسُولُ ﷺ لا يَرْتَجِعُ....

يعـني : أن اللَّخْمِيّ لما رأى أن التخيير مقتـضى للثلاث وكان إيقاع الثلاث ممنوعاً قال : ينتزع الحاكم التخيير من يدها لتضمنه للممنوع إلا أن تسبق بالقضاء فيمضي .

عيـاض : وذهب بعض شيوخنا إلى أنه مباح إذ ليس هو إيقاع الثلاث وإنما هو سبب له والظاهر الآية في أمر النبي ﷺ بالتخيير وفعل ذلك .

وهذا هو القول الذي ذكره المصنف بقوله : (**وقِيلَ : يَجُوزُ بِآيَةِ التَّـخْيِيرِ**) وفي المسألة قول ثالث لأبي عمران: يجوز التخيير ويكره للمرأة إيقاع الثلاث ، وآية التخيير المشار إليها هي قوله تعالى : ﴿ **يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً ﴿٢٨﴾ وَإِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا** ﴾ [الأحزاب:٢٨، ٢٩] .

قوله : (**وأُجِيبَ**. . . إلى آخره) هذا جواب اللَّخْمِيّ عن الآية يعني أن قوله تعالى: ﴿**وأُسَـرِّحْكُنَّ**﴾ يقتـضي أنه لم يجعل الطَّلاق إلى زوجـاته وإنما هو المطلِّق ، ولو يعلم أن الزوجـة المطلقة فـإنما تطلق طلقـة لأن السراح لا يقـتضي الثـلاث لا سيـما كـونه وصف بالجمـيل، نعم هو ﷺ لا يرتجع من اختارت الـفراق بعد أن آثرت الدنيـا على الله ورسوله والدار الآخرة ، على أنه ولو سرح بالثلاث لكان ينبغي أن يكون حكمنا بذلك بخلافه لعدم حصـول الندم له عليه الصلاة والسـلام ؛ لأنه كان يوحى إليه بخـلافنا ، والظاهر هنا هو الجواب الأول ، وهو أنه ﷺ هو المسرِّح وبه يبطل الاستدلال بالآية الكريمة .

ويؤيد هذا ما قاله القـاضي إسماعيل في « الأحكام » : وقد ظن قـوم أنه عليه الصلاة والسلام خيّر نساءه في الطّلاق ، وهذا ظن سوء منهم أن يظن برسول الله ﷺ أن يخير في طلاق ويكون ثلاثاً ، وإنما خيّرهن بين الدنـيا والآخرة فإن اخترن الدنيـا طلقن حينئذ طلاق السنة الذي علمه الله ، ألا ترى إلى قوله : ﴿ **أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً** ﴾ وقاله ابن رشد وعـياض ، وروى البـخاري ومسـلم والنسائي أنه عليـه الصلاة والسـلام لما أمره الله بالتخيير وبدأ بعائشة وتلى عليها الآية وقال لها : « **لا عليك أن لا تستعجلي حتى تستأمري أبـويــك** » ، فقالت : أفي هـذا أستأمر أبوي ، فإني أريد الله ورسـوله والدار الآخرة ، قالت : ثم فعل أزواجه مثل ذلك[1] .

ومـا وقع فـي « المدونة »[2] أن بعض أزواجه اخـتارت الفـراق ، اللَّخْمِيّ وعـياض وغيرهما : فليس بصحيح .

تنبيه :

استدل ابن عبد السلام على أن الطّلاق المراد من الآية دون الثلاث لحصول المتعة لأنه لو كان الثلاث لم تكن متـعة وليس بظاهر ؛ لأن المذهب : استحباب المتـعة لكل مطلقة سواء طلقت ثلاثا أم لا ، إلا ما استثنى وقد تقدم ذلك .

وَقِيلَ : بَائِنَةٌ ، وَقِيلَ : رَجْعِيَّةٌ ، وَلَهُ مُنَاكَرَتُهَا فِيمَا زَادَ

هذان القولان هما مقابل المشهور المتقدم من كلام المصنف ، والقول بأنها بائنة هو الذي حكاه ابن خويزمنداد عن مالك كما تقدم .

وقوله : (**وَقِيلَ : رَجْعِيَّةٌ ، وَلَهُ مُنَاكَرَتُهَا فِيمَا زَادَ**) هو القول الخامس من كلام القاضي عياض ؛ لأن قوله : (**وَلَهُ مُنَاكَرَتُهَا فِيمَا زَادَ**) يدل على أنه إذا لم يناكرها تقع الثلاث ، واعتـرض ابن عبـد السلام على القـول الأول بعدم وجـوده ، وقوله : إنه يتـفق على لزوم الثلاث عند عدم المناكرة ليس بظاهر لما تقدم .

وَعَلَى الْمَشْهُورِ لَوْ أَوْقَعَتْ وَاحِدَةً لَمْ تَقَعْ ، وَفِي بُطْلانِ اخْتِيَارِهَا : قَوْلانِ

يعـني : وإذا فرعنا على المشهور أن التخيير للثلاث ، فلو أوقعتِ المرأة واحدة لم تقع ؛ لأنها غير الذي جعل لها ، وهل يبطل خيارها بعدولها عما جعل لها ؟ وهو المشهور أم لا ؟

---

(١) أخرجه البخاري (٤٧٨٥) ، ومسلم (٤٥٠٧) ، والنسائي (٣٢٠١) .

(٢) « المدونة » (٥/ ٣٣) .

ويكون لها بعد ذلك أن تقضيَ بالثلاث وهو قول أشهب ، واستحسنه اللَّخْمِيّ لأن المرأة لم تترك ما جعل لها إلا على تقدير حصول الواحدة .

ابن المواز : متمما للمشهور : ما لم يتبين منه الرضا بما أوقعت فيلزم ذلك ، وهل اللزوم فيما أوقعت من باب الطَّلاق بالنية أم لا ؟ فيه تردد ، وعورضت هذه المسألة بما إذا قالت المخيرة : اخترت نفسي إن دخلت على ضرتي ، فقال في « المدونة »[1] : توقف لتختار أو تترك .

ووجه المعارضة بينهما : أن المخيرة في الأولى أخذت بعض حقها وهو الواحدة وأسقطت ما زاد عليها ، كما أنها أخذت في الثانية حقها في إحدى الحالتين ، أعنى بشرط الدخول على ضرتها ، فإسقاطها لبعض حقها إن كان مقتضياً لسقوط حقها فهو سقوط فيهما وإلا فلا فيهما ، ولهذا قال سحنون : يسقط حقها أيضاً في الثانية . وأجيب: بأنها في الأولى تركت بعض ما جعل لها ، وللزوج فيه غرض؛ لأنها إذا أوقعت الثلاث تسقط عنه نفقة العدة ، فصارت لذلك الواحدة كأنها أمر آخر بخلاف الثانية فإنها لم تترك شيئاً للزوج فيه غرض ، وإنما وقفت لحق الله تعالى في بقاء العصمة على الشك .

فرع :

اللخمي : إذا قال : اختاري تطليقتين ، أو من تطليقتين ، أو في تطليقتين ، فالجواب مختلف فيه فإن قال : اختاري تطليقتين ، كان لها أن تقضي بهما ، وإن قضت بواحدة لم يلزمه شيء ، وإن قال : اختاري من تطليقتين ، قضت بواحدة ولم تستكمل اثنتين ، واختلف إذا قال : اختاري في تطليقتين ، ففي « المدونة »[2] : تقضي بهما ، وإن قضت بواحدة لم يلزمه شيء ، وقال ابن سحنون : لها أن تقضي بواحدة ، وعن أصبغ: إذا قال: اختاري من ثلاث ؛ أنها البتة ، قال في « المدونة »[3] : وإن قال لها : طلقي نفسك ثلاثاً، فقالت : طلقت نفسي واحدة ، لم يقع عليها شيء .

وَأَمَّا غَيْرُ الْمَدْخُولِ بِهَا تُوقِعُ الثَّلاثَ فَلَهُ نِيَّتُهُ وَيَحْلِفُ وَإِلا وَقَعَتْ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ وَقَعَتِ الثَّلاثُ ...

حاصله: أن الحكم في التخيير إذا كانت المرأة غير مدخول بها كالمملكة فله أن يناكرها فيما زاد على الواحدة بالشروط المتقدمة .

---

(١) « المدونة » (٥/ ٣٣) .

(٢) « المدونة » (٥/ ٣٧٥) .

(٣) « المدونة » (٥/ ٣٧٥) .

فرع :

واختلف في المدخول بهـا هل تعطي شيئا على أن يخـيرها ، فقال مالك : تلزمـه البتة باختـيارها نفسـها ولا مناكرة له ، وقـال سحنون وابن المواز : له أن يناكـرها ؛ لأنها تبين بالواحدة .

ابن محرز : وهو أظهر ؛ لأنها تبين بالواحدة فكانت كغير المدخول بها ؛ قال : ووجه قول مالك: إنها إنما أعطته على الخيار ، وحكم الخيار أنه لا مناكرة فيه بعد الدخول .

وَيَبْقَى بيَدها وَإِنْ تَفَرَّقَا أَوْ طَالَ ، وإِلَيْه رَجَعَ ولَوْ عُلِمَ أَنَّهُمَا خَرَجَا عَمَّا كَانَا فيه إِلَى غَيْرِه حَتَّى تُجِيبَ أَوْ يُسْقِطَهُ الحَاكِمُ ، وقَالَ ابْنُ القَاسِمِ : والأَكْثَرُ يَسْقُطُ إِنْ تَفَرَّقَا أَوْ طَالَ ....

وهذا كما تقدم في التـمليك سواء ، ولا يؤخذ من قول المصنف (**وقَـالَ ابْنُ القَـاسِمِ : والأَكْثَرُ**) أن ابن القاسم قال بهذا القول ، وقد قدمنا أنه قال به ولم يحفظ له غيره .

أَمَّا لَوْ قُيِّدَ الجَمِيعُ بِوقْتٍ تَقَيَّدَ به إِلا أَنْ تَرُدَّ أَوْ يُسْقِطَهُ الحَاكِمُ

(**الجَمِيعُ**) أي : التمليك والتخيير ويحتمل أن يريد جميع صيغ التخيير والتمليك سواء كانت تدل على التكرار ككلما ، أو على امتداد الزمان كمتى ؛ كما لو قال : لك الخيار في هذا اليوم أو إلى شهر أو سنة ، تقـيد به ولا يتعداه ، ففي « المدونة »[1] وإن قال لـها : اختاري اليوم كله فمضى اليوم ولم تختر فـلا خيار لها ، واختلف هل هذا على قوليه معا في التمليك ؟ وإليه ذهب ابن أبي زيد[2] والقابسي وابن حارث وغيرهم .

ابن محرز وابن يونس : وهو الصواب .

أو اليوم هنا مثل المجلس ويدخله القولان إذا انقـضى اليوم ، ونقله عبد الحق عن بعض القرويين .

(**إِلا أَنْ تَـرُدَّ**) أي: ما جعل لها وتختـار زوجها أو يسقط الحاكم إذا طلع لحق الله في بقاء العصـمة على الشك ، قال في « المدونة »[3] : وإن قال لها :أمـرك بيدك إلى سنة، وقعت متى علم ذلك ولا تترك تحته ، وأمرها بيدها حتى توقف فتقضي أو ترد .

---

(١) « المدونة » (٥/٣٧٨) .

(٢) « النوادر والزيادات » (٥/١٧٨) .

(٣) « المدونة » (٥/٣٤٢) .

ابن القاسم : وكذلك إذا قال لها :إذا أعطيتني ألف درهم فأنت طالق ، فإنها توقف إما أن تقضي أو ترد ، إلا أن يطلقها في الوجهين وهي طائعة فيزول ما بيدها ، وقال ابن شعبان : لا قضاء لها حتى يأتي الأجل وله الوطء إلى ذلك الأجل ، وفي بعض الروايات: لا يجوز أن يجعل الرجل الخيار لامرأته في نفسها إلى أجل بعيد إلا أن يكون ذلك اليوم وشبهه ، فيوقف عن امرأته في اليوم وشبهه حتى ترجع إليه أو تفارقه .

لَوْ قَالَتْ : اخْتَرْتُ نَفْسِي ، ونَحْوَهُ مِنَ الظَّوَاهِرِ فَهُوَ البَتَاتُ

لما قدم التخيير من جهة الرجل تكلم على الجواب من جهة المرأة ، واعلم أن جوابها قسمان :

صريح : كما لو قالت : طلقت نفسي ثلاثًا، ولاشك في لزوم الثلاث، كما لو قالت: اخترت زوجي،أو رددت ما جعل إليّ من التخيير، فلاشك في عدم لزوم الطلاق، ولما كان هذا واضحًا أعرض المصنف عنه.

والثاني: ظاهر كما لو قالت: اخترت نفسى. . . ونحوه ، قال في « المدونة »[1] : وإن أجابته بألفاظ ظاهرة المعاني كقولها : اخترت نفسي ، أو : طلقت نفسي ، أو : طلقت نفسي ثلاثاً ، أو : بنت منك ، أو : بنت مني ، أو : قد حرمت عليك ، أو : حرمت على ، أو : برئت منك ، أو : برئت مني ، أو نحو هذا فهو البتات ، ولا تسأل فيه المرأة عن نيتها في خيار ولا في تمليك إلا أن للزوج أن يناكرها في التمليك كما وصفنا قبل .

واختلف إذا سئلت : أى الطّلاق أرادت بقولها : اخترت نفسي ؟ فلم تكن لها نية ، فقال ابن القاسم مرة: واحدة ، ومرة : ثلاثاً ، وبالأول قال ابن الماجشون ، وبالثاني قال أصبغ ، وكذلك إذا قالت: اخترت الفراق .

وَإِنْ قَالَتْ : طَلَّقْتُ نَفْسِي ونَحْوَهُ ، سُئِلَتْ فَإِنْ أَرَادَتْ ثَلاثاً وَقَعَتْ ، وإِلا لَمْ تَقَعْ

هذا مذهب « المدونة » ، واختلف شارحوها إذا لم تكن لها نية ،فقال صاحب «المقدمات»[2] : يلزم الزوج ثلاثاً إلا أن يناكرها في التمليك ، وقال عبد الحق : إذا لم تكن له نية ولا لها فهي طلقة واحدة تلزم في التمليك وسقط في التخيير .

وفي « المقدمات »[3] : إذا قالت : طلقت نفسي خمسة أقوال :

---

(١) « المدونة » (٥/ ٣٨٠) .
(٢) « المقدمات » (١/ ٢٥٣) .
(٣) « المقدمات » (١/ ٢٥٣) .

الأول : مذهب « المدونة »: تسـأل في المجلس وبعده ، في التـخييـر والتمليك وإن لم تكن لها نية فهي ثلاث إلا أن يناكرها في التمليك .

والثـاني : أنها تسأل في المجلس أيضاً وبعده في التخيير والتمليك ، وإن لم تكن له نية فهي واحدة تلزمه في التمليك وتسقط في التخيير .

والثالث : أنها لا تسأل في التخيير والتمليك ،وهي واحدة تلزم في التمليك وتسقط في التخـيير ، فإن قـالت في المجلس: أردت ثلاثاً فهي ثلاث ، إلا أن يناكـرها في التمليك، وهو قول ابن القاسم في « الواضحة » .

والـرابـع : أنها لا تسأل في التخـيير والتمليك وهي ثلاث إلا أن : تقول في المجلس: أردت واحدة فيسقط التخيير ، وهو قول أصبغ في « الواضحة » .

والخـــامس : أنها لا تسـأل في التمليك وهي واحدة إلا أن تريد أكثـر من ذلك فيكون للزوج أن يناكرها ، وتسأل في التخيير فإن قالت : أردت ثلاثاً صدقت وكانت ثلاثاً ، وإن قالت: واحدة أو اثنتين أو لم تكن لها نية أو افترقا من المجلس قبل أن تسأل سقط خيارها.

قال : وأما إن قالت : أنا طالق ، فلا تسأل في تمليك ولا تخيير وتكون واحدة تلزم في التمليك وتسقط في التخيير إلا أن تقول في المجلس : نويت ثلاثاً فتلزم في التخيير ويكون للزوج في التمليك أن يناكرها ، ولا أحفظ في هذا نص خلاف .

وأما إن قـالت : اخترت الطَّلاق فالذي أرى فـيه على أصولهم أنهـا تسأل في التخـيير والتمليك ؛ لأن هذه الألف واللام قـد يراد بهما الجنس فـتكون ثلاثاً ، ويراد بهما العـهد وهو الطَّلاق السني المشروع فتكون واحدة .

فإذا احتمل اللفظ الوجهين وجب أن تسـأل أيهما أردت ؟ فإن قالت : لم تكن لي نية، كانت ثلاثاً على قول أصبغ في « الواضحة » .

ومذهب ابن القاسم في « المدونة » في التي تقول : قـد طلقت نفسي، ولا نية لها أنها ثلاث ، وواحدة على قول ابن القاسم في « الواضـحة » في التي تقول : طلقت نفسي ولا نية لها أنها واحدة .

ويحتمل أن يكون الألف واللام للعهد وهو الطَّلاق الذي ملكها إياه فيكون ثلاثاً .

وقد كان ابن زرب يتوقف في الجـواب في هذه المسألة إذ لم يجد في « المدونة » ولا في « العتـبيـة » فيهـا نصا ، ونحـو، طلقت نفسي ،طلقت زوجي ، أو أنا مطـلقة ، أو هو مطلق، وكذلك ما تقدم من الألفاظ التي في « المدونة » في التي قبلها .

فَلَوْ أَبَانَهَا قَبْلَ اخْتِيَارِهَا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا انْقَطَعَ التَّخْيِيرُ لأَنَّهَا رَضِيَتْ بِخِلافِ الرَّجْعِيِّ

يعني : إذا خيرها ثم أبانها إما بخلع أو بثلاث فإنه إذا تزوجها ينقطع خيارها لأنها رضيت بتزويجه ، وإذا كان تمليكها من نفسها دليلاً على إسقاط حقها فإنشاء عقدة النكاح أولى بخلاف ما إذا طلقها طلاقاً رجعيا فإن خيارها لا ينقطع لأن حكمها حكم الزوجة فلها أن تختار .

وَلَوْ جَعَلَهُ بيَدِ أَجْنَبِيٍّ وتفرقا في المجلس فَكَالْمَرْأَةِ في الْقَوْلَيْنِ ، فَإِنْ غَابَ وَلَمْ يُشْهِدْ أَنَّهُ بَاقٍ سَقَطَ ، وإِنْ أَشْهَدَ أَسْقَطَهُ الْحَاكِمُ فِي بَعِيدِ الْغَيْبَةِ وجَعَلَهُ إِلَى الزَّوْجَةِ ، ورُوِيَ لا يَسْقُطُ فَيَكُونُ كَالْمولى

اختلف أولاً هل له أن يجعل الأمر في الطَّلاق إلى غير الزوجة ؟ وهو مذهب «المدونة»، وعليه اقتصر المصنف وسواء كان الأجنبي حاضراً أو قريب الغيبة ، قال في سماع عيسى: كاليومين والثلاثة .

وقال في « الواضحة »: عن ابن القاسم : كاليوم وشبهه ، ابن القاسم: وأما إن كان بعيداً رجع الأمر إليها وليس أن يجعل الأمر إلى غيرها وإن كان حاضراً ويرجع الأمر إليها فتقضى أو ترد ، وهو قول أصبغ ، وعلى المشهور فإما أن يكون حينئذ حاضراً أو غائباً .

وإنما تكلم المصنف على الحاضر ، ثم الحاضر إن لم يغب ففي بطلان ما بيده بانقضاء المجلس القولان السابقان في المرأة وهكذا في « المدونة »[1] ، وزاد فيها: أنه إن أمكن المملك من المرأة وزوجها زال ما بيدها من أمرها ـ أى: على القولين ـ وإذا فرع على القول بعدم السقوط بالتفرق فلو مكنت الزوجة ولم يعلم الأجنبي ففي « المدونة »:يسقط خياره .

وقال محمد : لا يسقط ، واستحسنه اللَّخْميّ قال : وإذا ثبت أن للأجنبي حقاً فلا يكون للزوج أن يطأ الزوجة إلا بعد علم الأجنبي ، وأما إن غاب وإليه أشار بقوله : (**فَإِنْ غَابَ وَلَمْ يُشْهِدْ أَنَّهُ بَاقٍ**) على حقه (**سَقَطَ**) ما بيده ؛ لأن عدم الشهادة دليل على إسقاط حقه ، وظاهر كلام المصنف أنه لا فرق بين الغيبة القريبة والبعيدة ، وكذلك كلام ابن بشير وابن شاس[2] .

---

(١) « المدونة » (٥/٣٦٩) .

(٢) « الجواهر » (٢/٥٣٥) .

وقال ابن عبـد السلام : ينبغي أن يفرق بين طول الغـيبة وقصرها كـما في القسم الذي يقابله ، وقد يقـال: إذا لم يشهد كان ذلك قرينة في إسـقاط حقه ولا سيـما والخلاف في أصل المسألة ، أعني : هل يسقط الخيار انقضاء المجلس أم لا ؟ وأما إن أشهد أنه باق على حقه فـفي « الجواهر »[1]: إن قربت الغيبة كتب إليه بإسقـاط ما بيده وإمضاء ما جعل إليه وإن بعدت ، فقيل: يسقط ما بيده وينتقل إلى الزوجة لأن المملك كالنائب عنها .

وفي « الموازية » :ذلك بيده ولا يقربها الزوج؛ لأنه قد جعل الأمر في طلاقها إلى غيره فيلزمه ما التزم ، وإذا فرعنا على هذا ثم قـامت بحقها في الوطء ضرب لها أجل المولى إذا رجى قدومه واستعلام ما عنده في الأجل ، وأما إن لم يكن يرجى ذلك ففي ضرب الأجل قولان للمتأخرين ، فقول المصنف في بعيد الغيبة ، وأما في قربها فينظر ما عنده .

وقوله : (**وَرُوِيَ لا يَسْقُطُ**) هو ما في « الموازية » .

مالك : والأجل من يوم ترفعه ، وفيه نظر ؛ لأن مشهور المذهب عدم ضرب الأجل في حق من امتنع من الوطء بغير يمين إلا أن يقال: هذا مبنى على الشاذِّ .

وقول المصنف في القول الأول وجعله إلى الزوجـة قد يخرج منه خلاف من رواية عليٍّ عن مالك في الذي تزوج امـرأة وشرطت عليه أمهـا في العقد إن نكح عليهـا أو تسري أو خرج بها من بلدها فأمرها بيد الأم ، ثم ماتـت الأم فلا يكون ذلك بيد أحد غير من جعله الزوج بيـده ، لأنه يقـول : لم أكن أرضى أن أجعل أمـر امـرأتي إلا بيـدها لنظرها وقلة عجلتها ، وهو خلاف « المدونة » .

وحكى المتيطي وغـيره روايتين إذا أوصت الأم به إلى أجنبي ومـاتت هل ينتقل إلى من أوصت له أم لا ؟

فرع :

قال اللخمي : وإن ملّك غائباً فإن كان قريباً كتب إليه ليعلم ما عنده ، واختلف إن كان بعيداً فلمالك في « الموازية » : يضرب له الأجل من يوم ترفع ، فإن قدم وإلا طلقت عليه بالإيلاء .

محـمد : فإن قدم في العدة فقضى بالطلاق لزم الزوج مع طلقه الإيلاء ، وإن لم يطلِّقْ

(١) « الجواهر » (٢/ ٥٣٥) .

كأن يرتجع متى شاء ما كانت فيه العدة ، وقال أيضاً : لا يرجع الأمر إليها إذا كان يرجى قدومه في الأجل .

وقد اختلف في هذا الأصل هل يجعل الطلقة الآن لما كان الصبر لا يفيد وهو مضرة عليها ؟ أو يصيب رجاء أن ينتقل رأيها إلى الصبر ، وإذا طلّق بالإيلاء كان له أن يمنعه الرجعة ، لأنه ممنوع من الإجابة ، وإن انقضت العدة لم يجزْ له أن يتزوجها لأنه ممنوع منها حتى يقدم فلان ، ولا يجوز له أن يتزوج من لا يحل له وطؤها ولا يتعرض بالحائض لأن ما فوق الإزار جائز وهذه ممنوعة جملة .

وَلَوْ خَيَّرَهَا قَبْلَ الْبُلُوغِ اعْتُبِرَ ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : إِنْ بَلَغَتْ حَدَّ الوَطْءِ

مقتضى كلامه : أن قول ابن القاسم مخالف للأول لعطفه عليه بالواو ، وفي « النوادر »[1] عن « الموازية » : قال مالك : إذا خيّر زوجته قبل أن تبلغ وقبل البناء واختارت نفسها فهو طلاق إن بلغت في حالها .

ابن القاسم : يريد حد الوطء ، فإن ابن القاسم إنما قصد التفسير ، لكن وقع لمالك في سماع عيسى أن الطَّلاق يلزمه وإن لم تبلغ مبلغاً يوطأ مثلها إذا كانت قد عقلت وعرفت ما ملكت فيه .

ومثله أيضاً لابن القاسم أيضاً في سماع أبي زيد فتفسيره ضعيف ؛ لأن الموجود لمالك خلافه ، ولو كانت صغيرة لم تعقل معنى الخيار لاستؤني حتى تعقل ثم تختاره قاله ابن القاسم في سماع أبي زيد ، انتهى .

وقال سحنون في « العتبية »[2] : لها الخيار وإن لم تبلغ لأنه هو الذي جعل ذلك إليها ، ونحوه نقل اللَّخْمِيّ عن أَشْهَب وعبد الملك .

قال في « البيان »[3] : وقول سحنون : وإن لم تبلغ ، يريد : وإن لم تبلغ الحيض ، ومن تأول عليه أن لها الخيار وإن لم تبلغ مبلغاً تعرف فيه معنى الطَّلاق فقد أبعد ، ووقع لعبد الملك في من خيّر المغمورة فاختارت نفسها قال : إن خيّرها وهي مفيقة ثم غمرت

(١) « النوادر والزيادات » (٥/٢٢٦) .
(٢) « البيان والتحصيل » (٥/٢١٨) .
(٣) « البيان والتحصيل » (٥/٢١٨) .

فقضـاؤها غير جائز ، وإن خيّرها وهي مـغمورة فقضت جاز قـضاؤها لأنه في حد رضي لنفسه بقضائها، قال : وكذلك لو ملّك صبيـا أمر امرأته لجاز قضاؤه إن كان يعقل ما جعل له وما يجـيب به ، فإن كان يخلط في كلامـه ولا يعقل ما جـعل له لم يجز ، وانظر هل قوله في الصبي مخالف لقوله في المغمورة ؟

وحكم التَّخْيير والتَّمْليك في التَّعْليقِ كَـالطَّلاقِ فِي التَّنْجيزِ والتَّأخيرِ مِثْلَ إنْ مَضَتْ سَنَةٌ فَيَتَنَجَّزُ ، وإِنْ دَخَلَتِ الدَّارَ فَيَتَأَخَّرُ ....

تصوره ظاهر ، وقوله : (**كَالطَّلاق**) أي: وفاقاً وخلافاً .

ولَوْ قَالَ : إنْ غِبْتُ شَهْراً فَأَمْرُك بِيَدِك ، فَغَابَ وَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا وتَزَوَّجَتْ ثُمَّ ثَبَتَ أَنَّهُ قَدِمَ قَبْلَ ذَلِكَ ، وإِنْ كَانَتْ قَدْ عَلِمَتْ فُسِخَ ، وإلا فَقَوْلانِ كَمَنْ طَلَّقَ فَتَزَوَّجَتْ وقَد ارْتَجعَ

قوله : (**وإِنْ كَانَتْ قَدْ عَلِمَتْ**) أي: بقدومه (**فُسِخَ**) .

قـوله : (**وإلا**) أي : وإن لم تعـلم (**فَقَـوْلانِ**) المشهور أنهـا تفوت بالدخول وهاتان المسألتان من نظائر المفقود وقد تقدمتا .

واعلم أنها تطلق نفسهـا في المسألة الأولى بعد أن تثبت الغيبـة ثم تحلف لقد غاب عنها الغيـبة المذكورة ولا يرجع إليـها سراً ولا جـهراً ، ثم إذا فعلت ذلك أباح لهـا القاضي أن تطلق نفسها .

ولَوْ قَالَ : إنْ قَدِمَ فُلانٌ ، فَقَدِمَ ولَمْ تَعْلَمْ ثُمَّ وَطِئَهَا فَهِيَ عَلَى خِيَارِهَا

تصوره ظاهر ويعاقب إن علم ووطئها .

الرَّجْعَـةُ: رَدُّ الْمُعْـتَدَّةِ عَنْ طَلَاقٍ قَـاصِرٍ عَنِ الْغَـايَةِ ابْتِدَاءً غَـيْرَ خُلْعٍ بَعْـدَ دُخُولٍ ووَطْءٍ جَائِزٍ، ولَمْ يَشْتَرِطِ ابْنُ الْمَاجِشُونِ جَوَازَ الْوَطْءِ ...

يقال : الرجـعة بفـتح الراء وكسـرها ، الجوهري[1] : والفـتح أفصـح ، وأنكر غيـره الكسر، ورسمها المصنف بقوله : (**رَدُّ الْمُعْتَدَّةِ**... إلى آخره) فرد المعتدة كالجنس ، فقال : رد المعتدة ؛ لأنه لو تزوج ابتداءً وردها بعد خروجـها من عدة الطَّلاق لم تكن رجعية وعن طلاق لا يخرج به شيء ، وإنما ذكره توصلاً إلى قوله : (**قَاصِرٍ**) إذ لو قال : رد المعتدة

(١) « الصحاح » (١/ ٢٤٤) .

عن قاصر لكان قبيحاً ، وقولنا: لا يخرج به شيئاً؛ لأن رد المعتدة لا يكون إلا عن طلاق.

وقال : (عَنِ الْغَايَةِ) ولم يقل عن الثلاث ليشمل الحر والعبد ؛ لأن غاية طلاقه اثنتان فلو قال قاصر عن الثلاث لاقتضى أن العبد إذا طلق اثنتين أن تكون له الرجعة .

وقوله : (ابْتِدَاءً) راجع إلى قوله : (قَاصِرٍ) لا إلى قوله : (طَلَاق) لأنه لو رجع إلى قوله طلاق لم ينعكس الحد لخروج الحر إذا طلق زوجته طلقة بائنة ؛ لأنه لا يصدق عليه أنه طلاق مبتدأ بخلاف ما إذا أعدناه إلى قاصر فإن الطلقة الثانية قاصرة عن الغاية باعتبار الابتداء .

ويمكن أن يقال: ابتداء كالصفة للغاية ، ويكون المعنى قاصرا عن الغاية الابتدائية لا إلى الانتهائية ، فإن العبد إذا طلق طلقة في رقه ثم أعتق فليس له بعد عتقه إلا واحدة تكملة غاية الأولى فانظره .

واحترز بقوله : (غَيْرَ خُلْعٍ) فإنه لا رجعة فيه ، وبقوله : (بَعْدَ دُخُول) من الطلقة قبله فلا رجعة له ، والظاهر أن قوله : (رَدُّ الْمُعْتَدَّة) يغني عن هذا؛ لأن المطلقة قبل البناء لا عدة عليها ، وبـ (وَطْءِ جَائِز) مما لو دخل بها ووطئها حائضاً أو في نهار رمضان فإنه لا يكون له الرجعة بذلك كما لا يقع به الإحلال والإحصان ؛ لأن ذلك الوطء كلا وطء ، إذ المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً .

ولم يشترط ابن الماجشون في الرجعة جواز الوطء ، وقوله مقيد بما إذا لم يكن الوطء محرماً بالأصالة .

وأما المحرم بالأصالة ـ وهو: الوطء في الدبر ـ فإنه يوافق على عدم اعتباره ، ووجهه: أنه وطء في زوجة يوجب تكميل الصداق فوجب أن يجلب للزوج الرجعة .

وذهب ابن حبيب واللَّخْميّ إلى أن خلافه فيما عدا صوم التطوع وقضاء رمضان والاعتكاف وغير المنذور ، وأما في الثلاث فيحل اتفاقا لأن الصوم يفسد في هذا بأول الملاقات بخلاف رمضان والنذر المعين فإنه مخاطب بالإمساك عن التمادي ، وذهب الباجي[1] إلى أن الخلاف مطلق .

واعلم أنه متى حصلت هذه القيود كان للزوج أن يرتجع الزوجة أحبت أم كرهت ،

(١) « المنتقى » (٥/٤٢٧) .

والإجماع على ذلك ، واعـترض على الحدِّ الذي ذكره المصنف بأنه غـير جامع لأنه المطلَّق عليه بالإيلاء ، أو لعـدم النفقة لا تصح لأحـدهما الرجعـة إلا بعد ذهاب الموجب للطلاق بفينة المولى أو يسر المعسر .

واختلف إذا رضيت الزوجـة بالرجعة ولم يصب ، قال سحنون في « السليـمانية » في المولى وعادم النفقة لا تصح رجعتهـما وإن رضيت ولا تنهدم عدة ثبتت بطلاق ، بمعنى إلا بزوال ذلك المعنى الذي طلقت له .

وقال ابن القـاسم ومطرف وابن الماجشون في « الواضحـة » في من حلف بطلاق امرأته البتة ألا يصيبها سنة ، فقامت بحقها ، فطلق عليها بالإيلاء فله أن يرتجعها برضاها ، قالوا : لأن لها أن تقيم بغيـر وطء إلى انقضاء السنة ، فأجازوا رجعتـه إذا رضيت بترك الإصابة وإن لم يرتفع السبب .

اللخـــمي : وهو أحسن؛ لأن الطَّلاق كـان لحق آدمي ، وأيضاً فإنَّ كلَّ طلاق يوقـعه الحاكم غير هذين الطلاقين بائن ليس للزوج فيه رجعة مع أن كلام المصنف يقتضي أن تكون له الرجعة في ذلك إذ يـصدق عليها أنها مـعتدة من طلاق قاصر إلى آخـره ، فكان ينبغي للمصنف أن يزيد بعـد قوله : (**طَـلاقٍ**) غير حكمي ، لتخـرج هذه الصورة وقد يجاب عنهما ، أمَّا المولى والمعـسر بالنفقة فلا نُسلم أنه ليس لكل واحد منهما الـرجعة ، بل لهما الرجعة وإنما لصحتـها شرط إذ لو ارتجع المعسر بالنفقة ثم أيسر في العـدة صحت رجعته ، وعن الثاني فإنه إنما سكت عن التنبيه على ذلك لأنه رأى أن قول:ه (**غَيْرَ خُلْعٍ**) مغن عنه لاشتراك الجميع في البينونة، والله أعلم .

فَلَوْ لَمْ يُعْرَفْ دُخُـولٌ فَلا رَجْعَـةَ لَهُ ، ولَوْ تَصَادَقَا عَلَى الْوَطْءِ قَـبْلَ الطَّلاقِ ، ويَلْزَمُ كُلَّ وَاحِدٍ بِمُقْتَضَى إِقْرَارِهِ ....

هذا شروع من المصنف في الكلام على ما احتـرز به من القيود فقوله :(**فَلَوْ لَمْ يُعْـرَفْ دُخُولٌ فَلا رَجْعَةَ**) إلى قوله: (**بَعْدَ دُخُولٍ**) ولم تكن له رجعة ، وإن تصادقا على الوطء؛ لأن ذلك ذريعـة إلى نكاح بلا ولي ولا صَـداق ، إلا أن يظهـر حـمل ولا ينكره فـتـصح الرجعة ؛لأن الحمل قاطع للتهمة وإذا لم يصدقـهما فيلزم كل واحد بمقتضى إقراره ، فيلزم الزوج بالنفقة والكسوة والسكنة وألا يتزوج أختها أو خامسة ، وتلزم المرأة العدة وألا تتزوج

غيره ، وهكذا قال في « المدونة » [١]، زاد فيها : ولا يتوارثان فإن لم يصدق فلا عدة عليها ولا نفقة ولا كسوة .

فَلَو خَلَا وادَّعَى الْوَطْءَ وَأَنْكَرَتْهُ فَفِي ثُبوتِ الرَّجْعَةِ قَوْلانِ

ظاهر قوله (خَلا) ، أنه لا فرق بين خلوة الاهتداء والزيارة والضمير في قولِهِ: (**وَأَنْكَرَتْهُ**) عائدٌ على الوطء .

وتصور كلامه ظاهر ، وفي « المدونة » : وإن دخل بها في بيت أهلها غير دخول البناء صدق إنكاره الوطء ولها نصف الصداق ، فإن أقر ههنا بالوطء وأكذبته فلها أخذ جميع صداقها بإقراره أو نصفه ، ولابد لها من العدة للخلوة ولا رجعة له ، انتهى .

ومفهومه :أنه لو كانت خلوة بناء أن له الرجعة وكذا قال اللخمي : الظاهر من قول ابن القاسم أنها تصح في خلوة البناء دون خلوة الزيارة .

ونحوه لابن المواز؛ لأنه قال : الموضع الذي يقبل قوله في الصداق: يقبل قوله في إيجاب العدة وفي ثبوت الرجعة وفي دعواه دفع الصداق إليها، وقاله ابن رشد .

اللخمي : قال مالك في « المختصر » : لا رجعة له إذا انفرد بدعوى الإصابة وجعل حكم الرجعة لا يصح إلا باجتماعهما على الإصابة كالإحلال .

خليل : وإذا كانت هذه المسألة جارية على الصداق فيتخرج في كل من خلوة البناء والزيارة قولان ، والمشهور : يقبل قوله في خلوة الاهتداء دون خلوة الزيارة .

وَإِذَا ادَّعَت انْقِضَاءَ الْعِدَّةِ بِوَضْعٍ أَوْ غَيْرِهِ صُدِّقَتْ عَلَيْهِ بِغَيْرِ يَمِينٍ مَا أَمْكَنَ ، وَإِنْ كَانَ عَلَى خِلافِ عَادَتِهَا ، وفِي قُبولِ النَّادِرِ : قَوْلانِ ....

لما كان الارتجاع إنما يكون في زمن العدة بيَّن المصنف أنها مصدقة في انقضائها سواء كانت بوضع أو حيض ، وهو مراده بقوله: (**أَوْ غَيْرِهِ**) وأما الأشهر فهن والرجال سواء.

وقوله: (**بِغَيْرِ يَمِينٍ مَا أَمْكَنَ**) ، هو كقوله في « المدونة » [٢]: وإذا قال لمعتدة : قد راجعتك ،فأجابته نسقاً لكلامه : قد انقضت عدتي ؛ فإن مضت مدة تنقضي في زمن مثلها صدقت بغير يمين ، وإلا لم تصدق .

---

(١) « المدونة » (٥/٣٢٧) .

(٢) « المدونة » (٥/٣٢٤) .

وقضى أبان بن عثمــان في مطلقة ادعت بعد خمسة وأربعين يوما أن عــدتها قد انقضت أنهــا مصدقــة وتحلف ، وليس العــمل على التحليف إذا ادعت مــا تحيط في مــثله ، وهذا لأنهن مأمونات على فــروجهن ولا يعلم ذلك إلا من جهتــهن ألا ترى قوله تعالى : ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة:٢٢٨] فلولا أن قولهن مقبول في ذلك وإلا لما كان لعدم حلِّية الكتمان فائدة .

وقوله : (**وفِي قُبـولِ النَّادرِ : قَوْلانِ) اللَّخْـمِيّ** : واختلف إذا كانت المدة تنقضي فيها العدة للنادر هل تصدق ؟ فقال مالك في « المدونة »[١] : إذا قالت: حضت ثلاث حيض في شهر ، يسأل النساء فإن كن يحضن ويطهرن لذلك صدقت .

وقــال في « الموازية » : لا تصدق في شهر ، وقال أيضــاً : لا تصدق في شهر ونصف وما أراها إلا عجلت زمان أقل حيض النساء أن يقــمن خمساً ، وقال سحنون : لا تصدق في أقل من شهرين وعنه أقل ما تصدق فيه أربعون .

وقــال ابن العــربى[٢]: عادة النساء عندنا أن تحيض في كل شــهر مرة وقد قالت الأديان فلا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر .

وَلا يُفِيدُ تَكْذِيبُهَا نَفْسَهَا ولا أَنَّهَا رَأَتْ أَوَّلَ الدَّمِ وانْقَطَعَ ، وَلا رُؤْيَةَ النِّسَاءِ لَهَا فِي وَضْعٍ ولا حَيْضٍ ....

يـعنـي إذا قالت : انقضت عدتي ؛ ثم أكذبت نفـسها، أو قالت : إنما قلت إن عدتي انقضت لأني رأيت دماً وظننت أنه يتمادى وقـد انقطع بإثر قولي ، أو نظر النساء إليها فلم يرين بها أثر حيض ولا وضع فلا عبرة بقولهــا ولا قولهن ، وبانت بقولها الأول وتصديقها ذريعة إلى إجازة النكاح بغــير شروطه ، ورتب المصنف هذه الثلاث مسائل ترتيــباً حسناً ، لأنه حكم أولاً بعدم قبول قول المرأة التي أكذبت نفسهــا ، ثم عقبه بعدم قبول قول من لم تكذب نفسها ، ثم عقبه بعدم قبول قول من شهد لها النساء بصدقها .

ولا إشكال في المسألة الأولى؛ لأن خبرها في غاية الضعف ، وأما الثانية ففي « المدونة» ما ذكره المصنف ، وفيه إشكال؛ لأن أكثر أصحــابنا قالوا :إنها لا تحل بدخولها في الحيضة

---

(١) « المدونة » (٥/ ٣٣٠) .

(٢) « عارضة الأحوذى » (٥/ ١٩٥) .

الثالثة إلا بشرط الدوام فينبغي أن يقبل قولها في دعواها الانقطاع وكما هي مؤتمنة في وجوده أولاً ، فكذلك تؤتمن على تماديه وانقطاعه ، وكما في قبول قولها داعية إلى إجازة نكاح بغير شروطه ففي عدم قبول قولها إباحتها للغير بالشك .

ولم ينص في « المدونة » على عدم قبول شهادة النساء إذا شهدن بعدم الوضع ، وإنما نص فيها على عدم القبول إذا شهدن بعدم الحيض ، لكن الظاهر ألا فرق .

وَإِذَا مَاتَ زَوْجُهَا بَعْدَ سَنَةٍ فَقَالَتْ : لَمْ أَحِضْ إِلا وَاحِدَةً ، فَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مُرْضِعٍ لَمْ تُصَدَّقْ إِلا إِنْ كَانَتْ مُظْهِرَةً لِلتَّأْخِيرِ فَتُصَدَّقُ ....

يعني : إذا طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعياً ثم مات بعد سنة من يوم الطلاق ، وقالت: لم أحض إلا واحدة ، فإن كانت مرضعا - اللخمي : أو مريضة - صُدِّقت ؛ لأنَّ الرضاع والمرض يمنعان الحيض ، وإن كانت صحيحة غير مرضع فقال في « الموازية » ما ذكره المصنف : لا تصدق ؛ لأنها تتهم على أخذ الميراث من الزوج بدعوى أمر نادر ، إلا أن تكون قبل موت مطلقها تذكر أنها لم تحض إلا مرة واحدة لضعف التهمة حينئذ فتصدق على الأصل .

وقال ابن مزين : تُصَدَّق إذا ادَّعت تأخير حيضها بعد انقضاء سنة وتحلف بالله ما حاضت ثلاث حيض ،ولعل هذين القولين سابقين في دعوى النادر إلا أن ذلك بحسب قصر العدة وهذا بحسب طولها .

قال في « البيان »[١] : ولو كانت بقرب السنة لجرت على القولين في السنة وفهم من كلام المصنف أنها لا تصدق فيما دون السنة .

قال في « البيان »[٢] : وينبغي أن تصدق في نحو الأربعة أشهر وعشر بغير يمين وفي الستة أشهر ونحوه بيمين ، قال : وأما إن ادعت بعد موت زوجها بأكثر من العام والعامين أنها لم تستكمل ثلاث حيض ألا تصدق إلا أن تكون ذكرت ذلك في حياته قولاً واحداً .

اللخمي : وإن كان الطَّلاق بائناً صدقت لأنها معترفة على نفسها في موضع لا تهمة عليها فيه وأما إن كان الزوج حياً فإن صدقها الزوج كانت لها النفقة ولم تكن من الرجعة .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٥/ ٤٢٠) .
(٢) « البيان والتحصيل » (٥/ ٤٢٠) .

ويختلف إذا كذبها هـل يصدق لأنها تتهم في بقاء النفقة ، ويـختلف إذا ماتت الزوجة بعد مضى عدتهـا المعتادة هل تحمل على أنها في العدة ويرثهـا الزوج ، فلمالك في «كتاب المدنيين» : إن ماتت بعـد ثلاثة أشهر وادَّعى الزوج أنها كـانت حاملاً فإنه يرثهـا ، والبينة على من أراد منعه .

وفي كتـاب الاستبراء في من بـاع أمة ببراءة من الحمل وهو مـقر بالوطء ولم يستـبرئ فمضى لها بعد البيع قدر حيضة - **محمد** : وذلك قدر شهر - انتقل الضمان وكانت المصيبة من المشتري .

اللَّخْمِيّ : فنقل الضمان وهو لا يدري هل رأت دماً أم لا ؟ بل قال المشتري : لم تحض عندي ؛ لم يصدق ، وعلى هذا فـيحمل من المرأة إذا انقـضى الأمد المعتـاد على أنها رأت الأقراء ثم ماتت وعلى هذا لا يرثها ، وهذه المسـألة دخيلة في هذا الباب ؛ لأن إرثها ليس في الرجعة بل في الميراث ، والله أعلم .

وَإِمْكَانُ انْقِضَاءِ الأَقْرَاءِ مَبْنِيٌّ عَلَى الاخْتِلافِ فِي أَقَلِّ الطُّهْرِ ، فِي الْعِدَّةِ والاسْتِبْرَاءِ

لما ذكر أن المرأة تصدق إذا ادعت انقضاء العدة ما أمكن مبني على أقل الطهر ، والحيض المذكور في العدة والاستبراء ، وإنما قال: في العدة والاستبراء لأن الحيض من باب العبادات لا حد له بخلاف العدد كما سيأتي .

وأما الطهر فهو في البابين متحد كما قدمناه في باب الطهارة .

وَلَوْ أَشْهَدَ بِرَجْعَتِهَا فَصَمَتَتْ ثُمَّ ادَّعَتْ أَنَّهَا كَانَتِ انْقَضَتْ لَمْ يُقْبَلْ

لأن سكوتها مع إشهاده كالإقرار له بصحة رجعته ، فادعاؤها بعد ذلك أن عدتها كانت انقضت يعد ندما فلذلك لا يقبل .

وأجرى ابن رشد[1] في هذه المسألة قولاً بأن سكوتها لا يعدّ إقراراً من خلاف ذكره في هذا الأصل .

وَإِذَا قَالَتْ : حِضْتُ ثَلاثاً ،فَأَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى قَوْلِهَا قَبْلَهُ بِمَا يُكَذِّبُهَا صَحَّتْ رَجْعَتُهُ

يعـني : إذا أراد المطلق الرجعة فقالت له المطلقة : قد حضت ثالثة ، وذلك لمدة تنقضي

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٢٣٣) .

فيـها العدة غالبـاً ، فقال الزوج : قـد قلت بالأمس : إنك لم تحيضي أو إنما حـضت مرة واحدة ، فلا يلتفت إلى قوله .

أَشْــهَب : ولا يقبل تصديقهــا له إلا أن يقيم الزوج بينة أنها قالت أمس : لم أحض ، وإنما حضت مرة ، فتكون له الرجعة إن لم يمض من يوم القول ما تحيض فيه كمال الثلاث.

وَإِذَا ادَّعَى أَنَّهُ رَاجَعَـهَا قَبْلَ انْقـضَائِهَا لَمْ يُصَـدَّقْ - أَنْكَرَتْهُ أَوْ صَدَّقَتْـه - إلا بِأَمَارَةٍ مِنْ إِقْرَارِهِ قَبْلَ ذَلِكَ ، أَوْ تَصَرُّفِه ، أَوْ مَبِيتِه ، ثُمَّ تُمْنَعُ مِنْهُ ومِنَ التَّزْوِيجِ إِنْ صَدَّقَتْهُ ولَهَا النَّفَقَةُ ....

قــال في « المدونة »(١) : وإن قال لها بعد العدة : كنت راجعتك ،فصدقته أو كذبته لم يصدق ، ولا رجعـة له إلا أن يقيم على ذلك بينة أو يعلم أنه كان يدخل عليـها في العدة ويبيت عندها ، فيقبل قوله .

وإن أكذبته ولم يذكر مع قبول قوله يميناً ولا يبـعد توجيهها ، وقوله : أو يعلم أنه كان يدخل عليها ، هو كقول المصنف : (**أَوْ تَصَـرُّفِه**) ، لكن ظاهر « المدونة »: أنه لابد من مجموع التصرف والمبيت ، لعطفه المبيت بالواو خلاف مقتضى كلام المصنف .

ورأى أَشْهَب: أنه لا يقبل قوله إلا أن يقيم بينة أنه جامعها في العدة ، أي: على إقراره بذلك، وقوله في « المدونة »(٢) : أو يعلم أنه كان يدخل عليها .

محـمد : هو على أحد قوليه في منع الدخول عليـها ، وأما على القول بإباحة ذلك إذا كان مما يتحفظ بها فلا حجة له في الدخول والخروج .

عـيــاض : وأما المبيت فـإن كان في بيتهـا وهي في الدار معه وحدها فـهي حجة على القولين جميعاً .

وقوله : (**ثُمَّ تُمْنَعُ مِنْهُ**) يعني: أن الزوج إذا ادَّعى الرجعة فلزوجته حالتان :

إحداهما : تكذيبه ، **والأخرى** : تصديقه .

فإن كذبتـه فلها أن تتزوج غيره ، وإن صدقـته فلا يمكن من ارتجاعها لأن تصـديقها له داعية إلى نكاح بغير شروطه ، لكن يلزم كل واحد من الزوجين بمقتضى إقراره ، فتلزم هي

---

(١) « المدونة » (٥/ ٣٢٤) .

(٢) « المدونة » (٥/ ٣٢٤) .

بألا تتزوج غيره لاعترافها أنها في عصـمة الزوج ، ويلزم هو بالنفقة والكسوة لاعترافه أنها في عصمته ، ويمنع من نكاح أختها أو خامسة ، ونحو ذلك لبعض القرويين .

ويلزم كل واحد بمقتضى إقراره إنما هو إذا تمـاديا على إقرارهما ، وأما إن نزعا عن ذلك أو نزع أحدهما فلا يلزمان ، وهذا كقولهم في المـرأة تدعي أن زوجها طلقها ثلاثاً فلا يقبل منها ، ثم بعد ذلك يخالعـها زوجها ، فيريد بعد المخالعة أن تـتزوجه ، فإن قالت : كنت كاذبة في قـولي: إن زوجي طلقني وإنما أردت الزوال عن عصمـته ، فلها أن تتـزوجه وإن كانت متمادية على إقرارها فلا تتزوجه إلا بعد زوج .

وقال غـيره مـن القرويين: يؤخـذان بما تقدم من إقـرارهما ، إلا أن يسـتحـدث الزوج طلاقها.

عبد الحق[1] : والقول الأول أصوب .

فَإِنْ قَامَتْ بِحَقِّهَا فِي الْوَطْءِ فَفِي تَطْلِيقِهَا بِسَبَبِهِ قَوْلانِ

ظاهره: أن القولين منصوصان قال اللَّخْميّ : واختلف إذا أجرى النفقة وقامت بالطلاق لعدم الوطء فالمعروف ألا مقال لها لأنه لم يقصد ضرراً والأحكام منعته ، والقول الآخر أن ذلك لها قياسا على أحد قولي مالك في من قطع ذكره بعد الدخول .

والطَّلاق على المرتجع أبين لأنه لا منفعة له فيهـا إذا حيل بينه وبينها ، ومن انقطع ذكره يستمتع بغير إصابة .

وَلَهُ جَبْرُهَا عَلَى تَجْدِيدِ عَقْدٍ بِرُبُعِ دِينَارٍ

لأنا إنما كنا منعناه منها لحق الله تعالى في ابتداء النكاح بغـير شروطه ، وإذا جدد العقد زال ذلك وليس لها الامـتناع لإقرارها أنها في عـصمته ، وكـذلك أيضاً لو أقر سـيد الأمة المتزوجة لزوجها برجـعته بعد انقضاء العدة لم يقبل لكن للزوج أن يجـبر السيد على تجديد عقد بربع دينار .

فَلَوْ تَزَوَّجَتْ فَوَضَعَتْ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ رُدَّتْ إِلَيْهِ بِرَجْعَتِهِ ولا تَحْرُمُ عَلَى الثَّانِي؛ لأَنَّهَا ذَاتُ زَوْجٍ لا مُعْتَدَّةٌ ....

يعني : إذا ادعى أنه راجع في العدة فكذبته وتزوجت ثم ولدت (**لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ**) أشهر من نكاح الثاني لَحِق هذا الولد بالأول وردت المرأة إلى الأول بدعواه الرجعة أولاً .

---

(١) « النكت والفروق » (١/ ٢٨٠) .

(**ولا تَحْرُمُ**) على الزوج الثاني إذا طلقها الزوج الأول ، أو مات عنها ؛ لأنا لما ألحقنا الولد بالأول لزم أن يكون تزويج الثاني في عصمة الأول ولم يتزوج معتدة .

وتشارك هذه المسألة ما لو ارتجعها فأجابته بأن عدتها انقضت ثم تزوجت ، وما إذا أقام الزوج الأول بينة بعد أن تزوجت ودخل بها الزوج الثاني على أنه كان ارتجعها .

وَلَوِ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا فَلَمْ تَعْلَمْ بِمُرَاجَعَتِهِ فَتَزَوَّجَتْ ثُمَّ ثَبَتَ أَنَّهُ رَاجَعَهَا فَكَامْرَأَةِ الْمَفْقُودِ

تصوره واضح ، والقولان هنا منصوصان كما في مسألة المفقود .

مـالك : فإذا كان المرتجع حاضراً فرآها تزوجت ودخلت ولم يعلمها برجعته فإنها تمضي زوجة للثاني .

اللَّخْـمِيّ : وليس بالبين ، ولو رأى رجل زوجته تتـزوج ولم ينكر عليها لم يكن ذلك طلاقاً ولو عد ذلك طلاقاً لاحتسب بطلقة أخرى .

وَلَوْ كَانَتْ أَمَةً فَوطْءُ السَّيِّدِ كَوطْءِ النِّكَاحِ

يعـني : ولو كانت المطلقة أمة فانقضت عدتها ولم يعلم سيدها بمراجعته ووطئها ، فإن وطأه فوت على المشهور كوطء الزوج الثاني في المسألة المتقدمة .

واعلم أن حكمهم بالفوات بالوطء في الأولى أقـوى منه في الثانية؛ لاستناده في الأولى إلى عقـد ولا يقال الملك يتنزل منزلة العقـد في النكاح ؛ لأن عقد النكاح يوجب التـحريم على آبائه وأبنائه ، وتحرم به الأمـهات ، وليس بمجرد الملك مـوجب لذلك بالاتفاق ، بل لابد مع ذلك من الوطء أو ما يقوم مقامه من التلذذ .

وَشَرْطُ الْمُرْتَجِعِ: أَهْلِيَّةُ النِّكَاحِ ولا يَمْنَعُ مَرَضٌ ولا إِحْرَامٌ

يعني : أن المرتجع يشترط فيه أن يكون أهلاً للنكاح فلابد أن يكون عاقلاً بالغاً .

قـوله : (**ولا يَـمْنَـعُ**) أي ولا يمنع من الرجعة مـا يمنع ابتداء النكاح ، وحاصله: أن المتزوج والمرتجع يستويان في الشروط دون انتـفاء الموانع ولا يمنع المرض ؛ لأن المطلقة طلاقاً رجعيا ترث فلم يكن في ارتجاعها إدخال وارث ، بخلاف ابتداء النكاح .

قوله : (**ولا إِحْرَامٌ**) يريد : سواء كانت هي محرمة أو هو .

وَيَرْتَجِعُ الْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ

لأنه لما أذن له في النكاح فقد أذن له في توابعه ، ولأن الرجعية زوجة .

وَتكُونُ بِقَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ مِثْلَ : رَجَعْتُ ، ورَاجَعْتُ ، وارْتَجَعْتُ ، وردَدْتُهَا وأَمْسَكْتُهَا

أي : (**تكُونُ**) له الرجعة ، قوله : (**مِثْلَ : رَجَعْتُ**) تبين القول وهو ظاهر .

وَالْفِعْلُ مِثْلُ : الْوَطْءِ ، والاسْتِمْتَاعِ

تصوره ظاهر ، ولم ينص في « المدونة » إلا على الوطء ، لكنه نص في « الموازية » على القبلة والمباشرة للذة ، وما أشبه ذلك كما لو وطئ ، قال في « المقدمات »[١] : وهو بيان « للمدونة » .

وفِي اشْتِرَاطِ النِّيَّةِ ثَالِثُهَا : الْمَشْهُورُ فِي الْفِعْلِ

لا خلاف إن اجتمعت النية مع الفعل أو القول في صحة الرجعة ، واختلف إذا انفرد القول أو الفعل على ثلاثة أقوال : فقال أَشْهَب : ليس ذلك برجعة .

وقال ابن وهب : الوطء رجعة ، وإن عَرِيَ عن النية ، فأُخذ منه أنه لا يشترطها في القول أيضاً من باب الأولى .

والثالث المشهور : يشترط في الفعل دون القول ؛ لأن الفعل لا دلالة له بالوضع ، فلذلك اشترطت معه النية لضعف دلالته ، بخلاف اللفظ فإنه يدل بالوضع ؛ ولأنه إذا قال: ارتجعتك ، وقال : لم أنو الرجعة ، إما أن يكون كاذباً فتلزمه الرجعة ، وإما هازلاً فهزلها جد كالطلاق ، وكذلك بنى غير واحد الخلاف في القول المجرد على الخلاف في صحة نكاح الهازل .

قال في « المقدمات » [٢]: وإذا انفرد اللفظ دون النية لا تصح له بذلك الرجعة فيما بينه وبين الله ، وإن حكمنا عليه بما ظهر من قوله ولم نصدقه فيما ادعاه من عدم النية إلا على مذهب من يرى أن الطَّلاق يلزم المستفتي بمجرد القول دون النية ، وهو قائم من «المدونة»، إلا أنه بعيد في المعنى .

---

(١) « المقدمات » (١/ ٢٦٢) .

(٢) « المقدمات » (١/ ٢٦٢) .

واختلف هل يجوز له الوطء إذا التزم الرجعة ؟ على القول الذي يرى أنها لا تصح له فيما بينه وبين الله ، وعلى أنَّ الوطءَ بمجرده لا يكون رجعة فليس عليه في وطئه صداق قاله الباجي[١] .

مالك في « **المختصر** » : ولا يطأها إلا بعد الاستبراء من وطئه ولا تكون له الرجعة إلا في بقية العدة الأولى لا في الاستبراء ، قاله ابن المواز .

فإن انقضت العدة الأولى فلا ينكحها هو أو غيره حتى ينقضي الاستبراء .

أصبغ : فإن فعل فسخ نكاحه ولم تحرم عليه للأبد كما أحرمها على غيره ولو مس ؛ لأنها عدة منه ، وليس هذا وغيره فيما به سواء ، وقيل: حكمه حكم المصيب في العدة .

ومنشأ الخلاف : هل التحريم لتعجيل النكاح قبل بلوغ أجله أو لاختلاط الأنساب ؟ وعلى هذا المعنى اختلفوا في من طلَّق امرأته ثلاثاً فتزوجها قبل زوج في عدتها ؟

فإن قيل : لم يكن وطء المطلق رجعة وإن لم ينوها عند ابن القاسم ؟ كما كان وطء مبتاع الأمة بخيار اختياراً وإن لم ينوه .

قيل : لأن البائع جعل له الخيار وأباح له الوطء ، فإذا وطَئ فقد فعل ما جعل له وتم ملكه ولأنه لو لم يطأ وتمادى على إمساكها حتى ذهبت أيام الخيار عدّ بذلك مختاراً ، والرجعية محرمة على الزوج ولو تمادى على إمساكها حتى انقضت مدة الرجعة لبانت منه.

فرعان :

الأول : إذا انفردت النية ففي « الموازية »: لا تصح الرجعة .

ابن رشد[٢]: والصحيح أن الرجعة تصح بمجردها ؛ لأن اللفظ إنما هو عبارة عما في النفس ، فإن نوى في نفسه أنه راجعها فقد صحت رجعته فيما بينه وبين الله تعالى ، وأشار إلى أنه يجري على الخلاف في الطَّلاق بالنية ، ونحوه للخمي وعلى أن النية لا تكون بمجردها رجعة ، فلو نوى ثم أصاب فإن بَعُدَ ما بينهما فليس ذلك رجعة ، وإن قرب فأشار اللَّخْمِيّ إلى أنه يجري على الخلاف في تقديم النية في الطهارة .

---

(١) « المنتقى » (٥/ ٣٩٥) .

(٢) « المقدمات » (١/ ٢٦٢) .

ونقل عن محمد ما يقتضي اشتراط المقارنة فقال : قال محمد : إن نوى الرجعة ثم قبّل أو باشر أو ضمَّ فإن فعل ذلك لكان ما نوى فهي الرجعة .

اللخمي : يريد إذا أصاب ساهيا على الطَّلاق لم يكن وطؤه رجعة إذا لم تقارنه نية .

الثاني : سئل أبو عمران عن الذي يطلق امرأته واحدة ثم يتمادى على وطئها من غير أن يريد الرجعة حتى تنقضي عدتها الأولى ثم يحنث بالطلاق الثلاث فهل يلزمه ذلك ؟

قال : يلزمه الثلاث ؛ لأن ذلك كالنكاح المختلف في فساده يطلّق فيه ونقل عن الشيخ أبي محمد أنه لا يلزمه الثلاث والأول أظهر .

ابن عبد السلام : وهو الصحيح .

وَيُؤْمَرُ بِالإِشْهَادِ وَلا يَجِبُ عَلَى الْمَشْهُورِ

المشهور هو مذهب « المدونة » وهو الذي نقله عبد الوهاب[1] عن المذهب والقول بوجوبه للقاضي أبي بكر بن العلاء ،وتأوله ابن محرز على ألا تثبت الرجعة إلا بالبينة عليها، وعليه فلا يكون في المسألة خلاف بل الاستحباب راجع إلى أن يكون مقارناً للرجعة، وقول المصنف : (**وَلا يَجِبُ عَلَى الْمَشْهُورِ**) ينافي حمل ابن محرز .

قال في « المقدمات »[2] : وليس الإشهاد عند من أوجبه شرطاً في صحة الرجعة وإنما هو فرض على حياله يأثم تاركه .

وَلَهَا مَنْعُ نَفْسِهَا حَتَّى يُشْهِدَ

يعني : أن الإشهاد وإن لم يكن واجباً إلا أن للمرأة أن تمنع نفسها ، وقوله في «المدونة»[3] في المانعة : قد أصابت ، يفيد أن الأولى أن تمنع نفسها ، بخلاف قول المصنف: (**وَلَهَا**).

وَلا تُقْبَلُ شَهَادَةُ السَّيِّدِ عَلَى نِكَاحِ أَمَتِهِ ، وَلَا رَجْعَتُهَا

لأنه إذا شهد على النكاح كان شاهداً على فعل نفسه وإذا شهد على الرجعة اتهم في ذلك ، ولمالك في « العتبية»[4] : أنه تقبل شهادة السيد في الارتجاع .

---

(١) « المعونة » (١/ ٦٢٠) .

(٢) «المقدمات» (١/ ٥٤٨) .

(٣) « المدونة » (٦/ ٨٣) .

(٤) «البيان والتحصيل» (٥/ ٣٩٢) .

والفرق على هذا بين الارتجاع والنكاح: أن النكاح يوجب للأمة صداقاً فيتهم السيد لقدرته على انتزاعه .

وَرَجَعَ مَالِكٌ إِلَى أَنَّهُ لا يَدْخُلُ عَلَيْهَا وَلا يَأْكُلُ مَعَهُ وَيَنْتَقِلُ عَنْهَا

القولان في « المدونة » وزاد في القول المرجوع إليه: أنه لا يدخل عليها وإن كان يريد رجعتها، وشرط فيها على قول مالك الأول : أن يكون معها من يحفظها وأهمله المصنف وليس بجيد ولعل هذين القولين ينبنيان على القولين في الرجعة هل هي محرمة أم لا ؟ إلا أن الشرط الذي ذكرناه وقلنا إن المصنف أهمله يأبى كون الشاذ مبنياً على الإباحة ، قيل : ولا خلاف أنه لا يجوز أن يرى جسدها متجرداً .

وَالْمُعَلَّقَةُ مِثْلُ إِذَا كَانَ غَداً أَوْ جَاءَ زَيْدٌ قَالَ مَالِكٌ : لَيْسَتْ بِرَجْعَةٍ ، وَقِيلَ : يَعْنِي الآنَ

يعني : والرجعة المعلقة على شرط سواء كان الشرط محققاً كقوله : إن كان غداً فقد راجعتك ، أو محتملاً كقوله : إن جاء زيد فقد راجعتك ، قال مالك في « المدونة »[1] : ليس ذلك رجعة .

لكن إنما نُصَّ فيها على المثال الأول ، واختلف الشيوخ فأجراه صاحب « النكت »[2] على ظاهره فقال : إنما لم تكن رجعة لأن الرجعة كضرب من النكاح لأنها تبقى الزوج على العصمة ، ووجدنا النكاح إلى أجل لا يصح ، فكانت الرجعة إلى أجل كذلك وهذا ظاهر على القول بأن الرجعة محرمة ، وأما على أنها حلال فلا .

وقال ابن محرز : يعني لا تكون رجعة الآن ولكنها تكون رجعة غدا ؛ لأنه حق له فكان له تنجيزه وتعليقه .

ولما كان في هذا التأويل مخالفة لظاهر كلام مالك ،قال المصنف فيه :(**وَقِيلَ**) وعدّه كالأجنبي .

وفهم من عطفه بـ (**قيلَ**) أن ثَمَّ قولا آخر بإجراء قول مالك على ظاهره وقال اللخمي : قول مالك فيما إذا غدا ليس ذلك برجعة : يحتمل أن يكون رأى أن الرجعة إلى أجل كالنكاح إلى أجل وأن الرجعة تفتقر إلى نية مقارنة للفعل وإذا فرعنا على فساد هذه الرجعة

---

(١) « المدونة » (٥/ ٣٢٤) .

(٢) « النكت والفروق » (١/ ٢٨٠) .

فإن لم يصبها حتى خرجت من العـدة بانت وإن أصابها في العدة وهو يرى أن تلك رجعة كان وطؤه رجعة .

اللخـمي : لأنه وإن كان الارتجاع الأول فاسداً فإن حقـه في الرجعة قائم وإصابته وهو يرى أنه مرتجع رجعة محدثة .

مالك : وإن قال : أشهدكم أني إن طلقت امرأتي يوماً من الدهر فقد ارتجعتها ثم طلقها فإنه لا ينتفع بقـوله الأول حتى يراجعها ، وقاله سـحنون في من قال لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق ثم أراد سفـراً وخاف أن تحنثه في غيبـته فأشهد أنهـا إن دخلت الدار فقد ارتجعها .

انظر ما قاله مالك وسحنون هنا مع ما قاله مالك في «كتاب ابن سحنون» في الحرة ذات الشرط في النكاح والتـسري تقولَ : اشهدوا مـتى فعل زوجي فقد اخـترت نفسي أن ذلك لها.

وقال مـالك في « العـتبـية »(١) : في أمة تحت عبد أشـهدت أنها متى عتقت تحـته فقد اختارت نفسهـا أو زوجها ، فليس ذلك شيئاً وهاتان المسألتان اللتـان سأل عبد الملك مالكاً عن الفرق بينهما فقال له : أتعرف دار قدامة ؟

ابن يـونس (٢): وقال المغيرة :هما سواء ولا شيء لها ، والفرق عندي بينهما: أن الأمة إنما يجب لها أن تختار إذا عتقت ، والعتق لم يحصل بعد فقد سلّمت أو أوجبت شيئاً قبل وجوبه لها فلم يلزم ، كتارك الشفعة قبل أن يستوجبها .

والحرة قد أوجب لها زوجها الشرط إن فعل وملكها منه ما كان يملكه ، فلها أن تقتضي به عليه قبل أن يفعل كما لو كان له أن يلزم نفسه قبل أن يفعله .

وَالرَّجْعِيَّةُ مُحَرَّمَةُ الْوَطْءِ عَلَى الْمَشْهُورِ وإِنْ لَزِمَ الطَّلَاق ، والْخُلْعُ، والإِيلاءُ ، والظِّهَارُ ، واللِّعَانُ ، والْمِيرَاثُ ، والنَّفَقَةُ ، ولَوْ قَالَ : زَوْجَاتِي طَوَالِقُ، انْدَرَجَتْ ....

قـوله : (**مُـحَرَّمَـةُ الْوَطْءِ**) يريد : ومقدماته ، ووجـه المشهور: أن الطَّلاق في الشرع مضاد للنكاح الذي هو سبب الإباحة ، ولا يقضي للضد مع وجود ضده ، ونظر في الشاذ إلى بقاء أحكام الزوجية ، وتصور كلامه ظاهر .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٥/٤٥٨) . (٢) «الجامع» (٤/ ٥٦٦) .

كتاب الإيلاء

الإيلاءُ: الْحَلَفُ بِيَمِينٍ يَتَضَمَّنُ تَرْكَ وَطْءِ الزَّوْجَةِ غَيْرِ الْمُرضِعِ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ يُلْزِمُ الْحِنْثُ فِيهَا حُكْماً، وَالْعَبْدِ أَكْثَرَ مِنْ شَهْرَيْنِ ....

اختلف في مدلول الإيلاء لغة فقال عياض : أصل الإيلاء: الامتناع، قال الله تعالى : ﴿وَلَا يَأْتَلِ أُوْلُوا الْفَضْلِ مِنكُمْ وَالسَّعَةِ﴾ [النور:٢٢] ثم استعمل في ما كان الامتناع منه بيمين، وقال الباجي[1] : الإيلاء في اللغة: اليمين ، وقال ابن الماجشون : وكذلك قال الفضل .

ويقال : آلى وتآلى وائتلاء ، والأول هو المستعمل عند الفقهاء يقال فيه : آلى يؤلي إيلاء ، والاسم منه : الألية ، والجمع الألايا ، قال كثير في عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه :

قليل الألايا حافظ ليمينه وإن بدرت منه الألية برت

ويقال أيضاً : الألوة بفتح الهمزة وضمها وكسرها ، ورسم المصنف الإيلاء في اصطلاح الفقهاء بقوله : (الْحَلَفُ... إلى آخره) والحلف كالجنس ولو قال : الإيلاء يمين يتضمن. . . إلى آخره لكان أحسن .

ولا حاجة إلى الحلف بيمين إذ الحلف هو اليمين .

وقوله : (يَتَضَمَّنُ تَرْكَ) هذه الجملة صفة ليمين تقديره : الحلف بيمين تدل على ترك وطء الزوجة .

وانظر هل أراد بقوله :(يَتَضَمَّنُ) ما يدل أعم من أن يدل بالمطابقة أو بالتضمن أو بالالتزام؟ أو أراد بالتضمن حقيقته واستغنى بالتضمن عن المطابقة والالتزام، والأول أظهر.

وقوله :(يَتَضَمَّنُ تَرْكَ وَطْءِ) يريد :سواء تضمنه عقلاً كحلفه ألا يلتقي معها لأن الالتقاء معها أعم من الالتقاء معها للجماع وغيره ، ونفي الأعم مستلزم لنفي الأخص ، أو شرعاً كحلفه ألا يغتسل عنها من جنابة ؛ ولما قلناه من أن عدم الالتقاء مستلزم عقلاً لعدم الجماع كان عدم جزمه في « المدونة » لإيلاء مخالف هذا اليمين ليس بظاهر ، ولهذا اختصر البراذعي المسألة على السؤال والجواب ، لأن عادته ألا يفعل ذلك إلا لإشكال في

(١) « المنتقى » (٥/٢٢٩) .

الموضع فقال : وإن حلف بالله ألا يلتقي معها سنة ، قال : كل يمين يمنع الجماع فهو مول، فإن كان هذا يمتنع بيمين فهو مول ، ولهذا قال اللَّخْمِيّ : هو مول بلا شك .

وقال صاحب « النكت »(١) : إنما تردد لاحتمال أن يريد : لا ألتقى معك في دار بعينها أو موضع بعينه وإلا فهو مول بلا شك .

اللخمي : وقوله في من حلف ألا يتطهر منها من جنابة: إنه مول ؛ يحتمل أن يريد أنه يحنث بنفس الإصابة لأن القـصد باليمين ألا يصـيب ، أو لا يحنث إلا بالغسل ، لأنه هو الذي علق الحنث به ، فـعلى الاحتـمال الأول يكون قـوله : لا أغتـسل ، كناية عن نفي الجماع وهو كقولهم في الكناية عن كرم الشخص : هو كثير الرماد طويل النجاد .

وعلى هذا فيـضرب له الأجل من يوم اليمين ، وعلى الثـاني يضرب له الأجل من يوم الرفع على المشـهور؛ لأنه لم يـحلف على ترك الوطء وإنما تركه مـن انعقـاد اليمين عليـه وسيتبين لك هذا .

ابن القاسم : وإن قال : عليَّ نذر ألا أقربك ؛ فهو مول ، وقال يحيى بن عمر : ليس بمول وهو بمنزلة قوله : عليّ نذر ألا أكلمك وهو نذر في معـصية ، وقوله : (**تَـرْكَ وَطْء الزَّوْجَـةِ**) احترز به مما لو حلف ألا يكلمها وليهجرنـها وهو يصيبها فإنه ليس عند مالك مؤليا .

اللخـمي : وهو من الضرر فللزوجة أن تقـوم بالطلاق لأجله إلا أنه لا يضرب له أجل الإيلاء ، بل إذا تبين ذلك طلق عليه .

وقال أصبغ : إذا حلف ألا يكلمها فوطئها يحنث من جهة فهمها لما يريده منها كالحالف أن لا يكلم شـخصاً فـيشيـر إليه ، فـعلى قوله : يكون مـولياً إذا حلف أن لا يكلمـها ، واختلف إذا حلف على العزل عن زوجته هل يـكون مؤلياً ؟ وكذلك اختلف في من حلف ألا يبيت مع امرأته والأقرب فيهمـا أن لها القيام ولا يضرب له أجل الإيلاء ، أما لو حلف ألا يطأها ليلة ، فـلا قيام لـها لأنه يبيت مـعهـا ويطأها نهاراً وكـذلك لو حلف ألا يطأها نهاراً.

وفـي « الموازيـة » فيمن قال : عليّ الطَّلاق إن وطئـتك إلا أن تأتيني ، فهو مول وليس عليها أن تأتيه وعليه أن يأتيها .

---

(١) « النكت والفروق » (١/ ٢٧٤) .

اللخمي : يريد لظاهر الحديث «أنه عليه الصلاة والسلام كان يدور على نسائه ».

وفي « كتاب ابن سحنون » في من قال : والله لا أطؤك إلا أن تسأليني : هو مول ولها أن تقيم به إلى السلطان وليس عليها سؤال .

وقال سحنون : ليس بمولٍ ؛ لأن الامتناع من جهتها .

قال في « المدونة » [1] : وإن حلف ألا يطأها في هذه الدار فليس بمول لإمكان أن يطأها في غيرها ، وقيده اللَّخْمِيّ بمن يحسن في حقه ذلك وأما من لا يحسن في حقه ذلك، أو كان على الزوجة في الخروج معه مضرة فهو مول كما قال في من حلف ألا يطأ زوجته في هذا المصر أنه مولٍ إذا كان يتكلف في الانتقال المؤنة .

واحترز بالزوجة عن السرية وأم الولد فإنه لا يُضرب له أجل الإيلاء ، نعم هو ممنوع من الضرر ولا سيما أم الولد فإنه لا منفعة فيها إلا بالوطء فإن لم يطأها وأضر ذلك بها منع لقوله عليه الصلاة والسلام : « **لا ضرر ولا ضرار** »[2].

وقوله : (**غَيْرِ الْمُرْضِعِ**) احترازاً مما لو حلَف ألا يطأ زوجته المرضعة حتى يفطم ولدها فإنه ليس بمول ، قاله مالك في « المدونة » و « الموطأ » وغيرهما .

ابن القاسم : لأن هذا أراد إصلاح ولده وليس على وجه الضرر ، وإنما يدخل الإيلاء على من قصد الضرر ، وخالف في ذلك أصبغ ورآه مؤلياً .

اللخمي : وهو أقيس ؛ لأن للمرأة حقاً في الوطء ولا حق للولد ولا مضرة عليه .

لقوله عليه الصلاة والسلام : « **إن ذلك لا يضر** » ، واتفق على أنه مول إن أرضع الولد غيرها ،وعلى المشهور فقال في «كتاب ابن سحنون»: إذا حلف بطلاقها البتة ألا يطأها حتى تفطم ولدها ، فإن مات الولد قبل الفطام حل له الوطء ولا حنث عليه إن كانت نيته استصلاح ولده ، وإن كانت نيته أن لا يمسها حولين كاملين فهو مول ، وتطلق عليه إذا أوقفه السلطان بعد أربعة أشهر ؛ لأنه لا يقدر ألا يمسها ولا يفيء لأن يمينه بالبتة .

وفي « الموازية » : وإن حلف ألا يطأ امرأته التي ترضع سنتين ، وقال : أردت تمام الرضاع ، فليس بمول إلا أن يموت الصبي وقد بقي من السنتين أكثر من أربعة أشهر فيلزمه الإيلاء من يومه .

---

(١) « المدونة » (٦/ ٨٧) .

(٢) تقدم تخريجه .

ابن يـونس : واعترض بعض أصحابنا قوله : (مـن يومه) ، وقال : إنما لم يعد مولياً أولاً ؛ لأنه غير مضار ، فإذا مات الولد ولم يطأ تبين أنه أراد الضرر فينبغي أن يكون أجله من يوم الحلف ، وليس هو بصواب ؛ لأنه يحتمل أن يكون أراد الضرر اليوم بامتناعه إذ لا عذر له ، ويحتمل أن يـكون أراده من الأول فيلغي قصد الضرر أولاً للشك فيـه ، ويعتبر قصد الضرر الآن إذ لا شك فيه .

ابن الماجشون : وإن حلف ألا يطأ امرأته سنتين ، وقال : أردت بذلك كمال الرضاع ، فذلك له ولا يلزمه توقيف .

البـــاجي(١) : ومعناه أنه مول ؛لأنه قـد يتعلق بيمينه الضرر إن مات ابنه قـبل انقضاء السنتين أو فطم قبل ذلك ، وإنما الذي لا يكون به مـؤلياً من حلف ألا يطأ حتى يفطم لأنه لا يتعلق بيمينه الضرر على وجه .

وعورضت هذه المسألة بما سيأتي أن إيلاء المريض لازم مع أنه لا يريد الإضرار وإنما يريد استصلاح بدنه .

وإذا قيل بعدم اللزوم لأجل مراعاة الولد فلأن يـقال بذلك لنفسه هو أولى ، ولهذا قال سحنون في المريض : كـيف يكون مؤلياً وهـو لم يحلف على ضرر ؟ وخرج بعـضهم من كل واحدة قولاً في الأخرى .

خـلـيـل : وقد يفرق بينهـما ؛ لأن إصلاح الولد فيه إصلاح لهـا وهي تحته ، بخلاف الأخرى.

وقوله : (**أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ**) أخرج أربعة أشهر فأقل فإنه لا يكون مؤلياً ، وهذا هو المشهور ، وروى عبد الملك أن من حلف على أربعة أشهر كان مؤلياً .

ومنشأ الخلاف : الاختلاف في فهم قوله تعالى : ﴿ **لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ (٢٢٦) وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ** ﴾ [البـقـرة : ٢٢٦ ، ٢٢٧]، وينبني على هذا الخلاف : هل يوقف للفـيئة أو الطَّلاق بعد أربعـة أشهر أو فيها؟ وهل يقع الطَّلاق بمضـي الأربعة أو لا ؟ فعلى المشهور لا يؤمر بالفيـئة إلا بعد أربعة أشهر ولا يقع الطَّلاق بمجرد مضيها ؟

(١) « المنتقى » (٥/٢٢٩) .

فضل : وأصحاب مالك مجمعون على الأول ، إلا ما روى أَشْهَب عن مالك من وقوع الطَّلاق بمرور الأجل ، وحكاه ابن نافع وعبد الملك عن مالك ، وتمسك المشهور بما تعطيه الفاء في قوله : ﴿ فَإِن فَاءُوا ﴾ فإنَّ ظاهرها يستلزم تأخير ما بعدها عما قبلها ، وكذلك إن الشرطية فإنها تصيِّر الماضي بعدها مستقبلاً ، ورأى في الشاذ أن الفاء ليست إلا لمجرد السببية ولا يلزم تأخير المسبب عن سببه في الزمان ، بل الغالب عليه المقارنة ، ولأن مفهوم قوله : ﴿ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ أن التربص مقصور عليها .

قال في « المقدمات »[1] : وروى أَشْهَب عن مالك في « العتبية »: أنه إذا وقف بعد الأربعة أشهر فقال : أنا أفيء، أمهل حتى تنقضي عدتها ، فإن لم يفعل بانت منه بانقضاء عدتها ، وهي قولة بين القولين على طريق الاستحسان غير جارية على قياس وعلى المشهور، فأطلق في « المدونة » الزيادة على أربعة أشهر كالمصنف ، وظاهره أنه يكون مؤلياً باليوم ونحوه وبذلك صرح في « الموازية » و « المدونة » ، وقيل : لا يكون مؤلياً إلا بزيادة مؤثرة وهو قول عبد الوهاب ، ومن المتأخرين من تأوَّل على عبد الوهاب أنه لا يكون مؤلياً إلا إذا زاد أكثر ما يتلوم به عليه إن قال : أنا أفيء .

ابن رشد[2] : وهو غلط ؛ لأن التلوم أنما يكون إذا وقف فقال: أنا أفيء ، ولم يفعل ، وأما إذا أبى أن يفيء فإن الطَّلاق يعجّل عليه ولا معنى للتلوم عليه ، ومدة التلوم تبلغ المرة بعد المرة الثلاثين يوماً ونحوها ، رواها ابن وهب عن مالك في « الموازية » .

وقوله : (**يُلْزِمُ الحِنْثُ فِيهَا حُكْماً**) كقوله : والله لا أطؤك ، وأنه إذا حنث لزمته الكفارة ، وإن وطئتك فأنت طالق أو فلان حر .

واحترز عما لو قال : إن وطئتك فعليَّ المشي إلى السوق ، أو هو يهودي أو نصراني ، أو فكل مملوك أملكه حر ، أو فكل زوجة أتزوجها طالق ، فإنه لا يلزمه وليس هو بمول، قاله في « المدونة »[3] .

وقوله : (**يُلْزِمُ**) مضموم الياء فعل مضارع مبني للفاعل من ألزم وفاعله الحنث، فظاهر قوله : (**يُلْزِمُ الحِنْثُ حُكْماً**) أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون الحكم مشتقاً أم لا .

---

(١) « المقدمات » (١/٣٢٨) .

(٢) « المقدمات » (١/٣٢٨) .

(٣) « المدونة » (٦/٥٣) .

وذهب بعضهم إلى أنه لا يكون مؤلياً إذا حلف بما لا مشقة فيه كما لو حلف بركعتين .

قـوله : (**والعَبْدِ أَكْثَـرَ مِنْ شَهْرَيْنِ**) هذا هو المشهور ، وقيل : أجله كـالحر ، والعبد يحتمل أن يقـرأ بالجر وبالرفع ؛لأن قوله : (**تـرك**) مصدر مـضاف إلى الفاعل أى ترْك الحر ، فالحـر مجرور في اللفظ مرفـوع في المحل ، فلك أن تعطف على لفظه ، ومحله ، والله أعلم .

وَالرَّجْعِيَّةُ كَغَيْرِهَا إِنْ مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ الحَلِفِ قَبْلَ تَمَامِ الْعِدَّةِ

أى : (**وَالرَّجْعِيَّةُ**) في الإيلاء (**كَغَيْرِهَا**) لأنها في حكم الزوجات وهكذا في «المدونة» وغيرها .

قـال في « الموازية » : وكذلك إذا حلف لا أراجعك ، واستشكله اللَّخْمِيّ؛ لأن الوقف إنما يكون لمن لها حق في الوطء ، والمطلقة لا حق لها فـيه ، قال : ولا خلاف أن الرجعة حق له لا عليـه إن شاء ارتجع وأصـاب ، وإن شاء لم يرتجـع فكيف يجبـر على أن يرتجع ليصيب أو يطلق عليه طلقة أخرى ؟ وهو ظاهر ، وأجـاب ابن محرز وغيره: بأنه إنما لزمه الإيلاء خيفة أن يكون ارتجع وكتم الرجعة .

وَأَمَّا إِنْ كَانَ الطَّلاقُ بَعْدَ الْوُقُوفِ فَلا تُطَلَّقُ عَلَيْهِ أُخْرَى قَبْلَ تَمَامِ الْعِدَّةِ

لما ذكر أن الرجـعة في إيلاء كغـيرها وكان طلاق المولى رجـعياً خـشى أن يتوهم أنه إذا طلق عليه بسبب الإيلاء أن لهـا أن توقفه مرة ثانية ، فبين أنهـا ليس لها ذلك لأنه قد طلق عليه بسبب الإيلاء .

وَإِنَّمَا قَـالَ فِي مَنْ قَالَ : واللَّهِ لا وَطِئْتُكِ ، واسْـتَثْنَى : أَنَّهُ مُولٍ إِذَا رَفَعَ ولَمْ تُصَـدِّقْهُ فِي قَصْدِ الاسْتِثْنَاءِ ....

هذا راجع إلى قــوله في الرسم : (**يُلزِم الحنث فـيـهـا حكمـاً**) فيـقال على سـبيل الاعتراض: هذا الرسم غير جامع ؛لأن مالكاً قال في « المدونة »[1] في من قال: والله لا وطئتك، واسـتثنى بالمشيـئة : هو مول ؛ مع أنها يمين لا يلـزمه الحنث فيهـا حكماً ؛ لأن الاستثناء يمنع انعقاد اليمين كما تقدم ، ولهذا قال أَشْهَب : لا يكون مولياً .

---

(١) « المدونة » (٦/ ٦١) .

اللخمي : هو أبين ، وأجاب المصنف بأن مالكاً إنما قال ذلك إذا رفعته الزوجة إلى القاضي ولم تصدقه في أنه أراد بذلك الاستثناء حَلَّ اليمين ، ولعله أراد التبرك بذكر الله .

وامتناع الحالف من الوطء يدل على أنه لم يرد حل اليمين واتهام مالك هنا للحالف كاتهامه في « المدونة » لمن قال لزوجته : والله لا أطؤك ، فلما مضت أربعة أشهر وقف ، فقال : أردت ألا أطأها بقدمي ، قال: فيقال له : إن وطئت نصدقك وأنت في الكفارة أعلم؛ فإن شئت فكفر أو فدع .

وأَوْرَدَ عَلَيْهِ لَوْ كَفَّرَ وَقَالَ : عَنْ يَمِينِي ، ولم تُصَدِّقْهُ

يعني (**وأَوْرَدَ**) على قول مالك في المسألة السابقة ما قاله مالك في من حلف أن لا يطأ ثم كفّر ولم يطأ بعد الكفارة فقالت له الزوجة : لم تكفّر عن يمين الإيلاء وإنما كفّرت عن يمين أخرى ، أن الإيلاء لا ينحل عنه فيلزم كما رفع عنه التهمة هنا بأضعف الكفارات أن يرفعها عنه هناك ، وكما لم يرفعها عنه في المسألة السابقة لتهمته لأجل الامتناع من الوطء فكذلك يلزم في الثانية لامتناعه أيضاً .

وفرق: بأن المكفّر أخرج المال وفي معناه :الصوم لشدته فلم يُتهم بخلاف المستثنى وفيه نظر؛ لأن احتمال قصد غيرها باقٍ ، ولهذا قال أَشْهَب : لا ينحل عنه الإيلاء بالكفارة .

وفرَّق صاحب « النكت »[1] : بأن المستثنى يحتمل بأن يكون قصد باستثنائه حلَّ اليمين ويحتمل ألا يكون قصد به ذلك بل التبرك ونحو ذلك .

والكفارة تحل اليمين بلا شك ، وإن كنا لم نعرف هل قصد بها حل هذه اليمين أو غيرها ؟ فلما كانت الكفارة تسقط اليمين على كل حال كانت التهمة فيها أبعد .

وشَرْطُ الْمولي أَنْ يَكُونَ زَوْجاً مُسْلِماً مُكَلَّفاً يُتَصَوَّرُ وِقَاعُهُ ، وقَالَ أَصْبَغُ : يَصِحُّ إِيلاءُ الْخَصِيِّ والْمَجْبُوب ...

قوله : (**أَنْ يَكُونَ زَوْجاً**) أي: تحقيقاً أو تعليقاً بل يصح من الأجنبية فلو قال لأجنبية: والله لا وطئتك ، ثم تزوجها فهو مول صرح بذلك في « المدونة »[2] .

ولو استغنى عن قوله : (**زَوْجاً**) ليعلم من قوله أولاً في الرسم الحلف بيمين يتضمن

(١) « النكت والفروق » (١/ ٢٧٤) .

(٢) « المدونة » (٦/ ٦١) .

ترك وطء الزوجة فإنه يعلم من هذا الكلام أن الحالف بهـذا اليمين لا يكون إلا زوجاً أيضاً فالشرط خـارج عن الماهية والركن داخل فيهـا ، فذكر الزوج في أحد القـسمين يمنع من ذكره في الآخر ، قاله ابن عبد السلام .

وقوله : (**مُسْلِماً**) احترازاً مما لو آلى في حال كفره ثم أسلم فإنه لا يلزمه شيء قاله في « المدونة »[1]، وقيل : يلزمه بناءً على أن اليمين هل تنعقد في حال الكفر أم لا ؟ ولو رضى الذمى في الإيلاء بحكمنا ، فحكمنا عليه به قاله في « الكافي »[2] .

وقول ابـن عبد الـسلام : لا يشترط في الإيلاء الإسلام ؛ لأن الـزوجين إن كانا كافرين فالمنع مـن الحكم فيهـما في الطَّلاق على مـا تقدم هو المانع مـن الإيلاء ، وإن كان الزوج وحده مسلماً لزمه الإيلاء ، وليس من فروع هذه المسألة العكس ، ليس بظاهر لما قلناه .

وقوله : (**مُكَلَّفاً**) احترازاً من الصغير والمجنون ؛ فإنّه لا يصح إيلاؤهما فإن آلى وهو صحيح ثم جُنَّ عند تمام أجل الإيلاء ؛ فقـال أصبغ : يوكل السلطان عليه من يكون ناظراً في أمره فإن رأى له ألا يفيء ويطلق عليه فعل ويلزمه ذلك ، وإن رأى أن يكفّر عنه فعل .

واختار اللَّخْمِيّ ألا يكون لامرأته مقال ؛ لأن امتناعه في حال الجنون ليس بيمين ، وإذا لم يكن لها مـقال إذا قطع ذكره ، فالمجنون أولى ؛ لأنه إن لم يصب الآن أصـاب بعده ، وسيأتي الكلام على ما إذا أصاب في حال جنونه عندما يتعرّض المصنف لذلك .

وقوله : (**يُتَصَوَّرُ وِقَاعُهُ**) قال في «المدونة» : وأن آلى خصى أو شيخ كبير - وقد تقدم له فيها وطء أو آلى الشاب ثم قطع ذكره - لم يوقفوا ولا حجّة لنسائهم .

وخالف أصبغ في الخصي والمجبوب ورأى أنه يصح منه الإيلاء لأن لزوجـته منفعة فيما آلى عنه من المضاجعة والمباشرة ، ولذلك تزوجته فإذا قطع عنها ذلك وجب أن توقعه .

قال : وأما الشيخ فلا إذا أقعده الكبر إلا أن يكون فيه حراك فيقطعه عنها .

وَيَصِحُّ مِنَ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ والصَّحِيحِ وَالْمَرِيضِ

لأن شرط المولى موجود فيهم ، واحـتاج إلى التنبيه على حكمهم ؛ لأن الشرط لا يلزم من وجوده المشـروط ، والدليل على صحة إيلاء هؤلاء قـوله تعالى : ﴿ **لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ** ﴾ فعمّ .

---

(١) « المدونة » (٦/ ٥٢) .

(٢) « الكافي » (ص / ٢٧١).

ابن عبد السلام : وظاهر المذهب مثل ما ذكره المصنف في المريض ، ورأى بعضهم: أنه إذا كـان عاجـزاً عن الجمـاع أنه لا معنى لانـعقـاد الإيلاء في حقـه ، ألا ترى أنه لو آلى الصحيح ثم مرض لما طولب بالفيئة بالجماع .

وَيَلْحَقُ بِالْمولي مَنْ مُنِعَ مِنْهَا لِشَكٍّ

أي : كل من كانت يمينه على حِنثٍ كما لو قال : إن لم أدخل فأنت طالق ، وقد تقدم هذا عند قوله في الطَّلاق ، (**وإن كانَ نفياً يمكن دعـوى تحقيقه**... إلى آخره) هكذا كان يقيد شيخنا هذا المحلّ ، وهو الذي يؤخذ من كلامه في « الجواهر ».

ومثل ابن راشـد من منع منها للشك بما إذا قـال لامرأتيـه : إحداكمـا طالق ، وقال : نويت واحدة معينة ونسيتها ؛ فإنه يوقف رجاء أن يتـذكر ، فإن طال تذكره وقامتا عليه فهو كالمولى .

وقول ابن عبد السلام : إن تصور كلام المصنف مشكل ، ليس بظاهر .

فرع :

إذا قال لامرأتيه : والله لا وطئت إحداكما ، ولا نية له فقيل : هو مول منهما جميعاً .

وقيل : لا إيلاء عليه حتى يطأ واحدة فيكون مولياً من الأخرى .

وَمنِ امْتَنَعَ مِنَ الْوَطْءِ لِغَيْرِ عِلَّةٍ وعُرِفَ مِنْهُ حَاضِراً أَوْ مُسَافِراً

أي : ويلحق بالمولى من امتنع من الوطء لغير علّة ، بل ترك ذلك إما لمصلحة جسده أو للانقطاع للعبادة ، أو لقصد الضرر .

قوله : (**وعُرِفَ مِنْهُ**) أي: أنه لم يمتنع لعلة .

وقوله : (**حَاضِراً أَوْ مُسَافِراً**) حال من الفاعل المضمر في (**امْتَنَعَ**) وما ذكره المصنف مروى عن مـالك لكنه خلاف المشهور ؛ فـإن المشهور وهو مـذهب « المدونة »: أن لها أن تقوم بالفراق ، فإذا تبين ضرره طُلقت عليه من غير ضرب أجل ؛ لأن آية الإيلاء لا تتناول هذه الصورة ولا ينطبق اسم الإيلاء عليها .

بعض القـرويين في هذا : ويجب ألا يضيق عليه في أجل التلوُّم بل يفسح له في ذلك مقدار أجل الإيلاء وأكثر ، وذلك أنه يقـول : أنا لو تركت الوطء بالحلف أربعة أشهر فأقل لم يكن عليّ شيء فكيف إذا تركت الوطء بغير يمين ؟

عبد الحق[١] : وقال لنا : إنه رأى ذلك لبعض العلماء من البغداديين: ونص «المدونة»[٢]: ومن ترك وطء زوجته لغير عذر ولا إيلاء لم يترك ، فإما وطئ وإلا طلق، وبذلك يقضي .

وكتب عمر بن عـبد العزيز إلى قوم بخرسان : إما أن يَقدُمـوا أو يَقدِم نساؤهم إليهم ، أو يطلقوا .

أصبغ : فإن لم يطلقوا طُلِّق عليهم ، وفي النكاح الثاني منها : ومن سرمد العبادة لم ينه عن تبتله ، وقيل له : إما وطئت أو طلقت .

ابن القاسم فـي « العتبـية »[٣]: ويُتلوم للغائب السنة والسنتين ، وفي سـماع عيسى : والثلاثة .

ابن رشد : ومعناه وإن كان يبعث بالنفقة .

اللخـمي : وقول مالكٍ في من سرمد العبادة أصل في كلٍّ من ترك الإصابة غير مضار، إلا أن ذلك لا يسقط حقها من الوطء واخـتلف إذا لم يقدر على الإصابة لأنه قطع ذكره ، أو لعلة نزلت به ، فقال مالك مرة : لا مقال لها ، وفي « كتاب ابن شعبان » : لها القيام وإن قطع ذكره ولو فعل ذلك بنفسه خطأ كان على خـلاف ، وقد جرى ذلك لبعضهم أراد أن يستحد فنزلت يده فـقطع ذكره فإن تعمد ذلك كان لهـا الفراق بالاتفاق وإن شرب دواءً ليقطع منه لذة النســاء كان لها الفراق ، وكذلك لو شربه لـعلاج علة وهو عالم أنه يذهب بذلك أو شاكٌّ ، كان لها الفراق بالاتفاق .

وَمَنِ احْتَمَلَتْ مُدَّةُ يَمِينِهِ أَقَلَّ الأَجَلِ

أي : ويلحق بالمولى من احـتملت مدة يمينه أقل الأجـل كما لو قـال : والله لا وطئتك حتى يموت زيد ، ونحو ذلك قاله في « المدونة » .

إِلا أَنَّ أَجَلَهُمْ مِنْ يَوْمِ الرَّفْعِ ، والأَوَّلُ مِنْ يَوْمِ الْـحَلِفِ ، ولِذَلِكَ فُرِّقَ بَيْنَ أَنْ أَمُـوتَ أَوْ تَمُوتِي وبَيْنَ أَنْ يَمُوتَ زَيْدٌ ....

الضمير في (أجلهم) عائد على من ألحق بالمولى ، وقوله : (**والأَوَّلُ مِنْ يَوْمِ الْحَلِفِ**)

---

(١) « النكت والفروق » (١/ ٢٧٥) .

(٢) « المدونة » (٦/ ٦١) .

(٣) « البيان والتحصيل » (٥/ ٤٧٨) .

أي: من حلف على ترك الوطء وحاصله أن المولى حقيقة أجله من يوم اليمين ، وأما من ألحق به فأجله من يوم الرفع وهذا هو المشهور ، وقيل : أجله من يوم اليمين كالأول .

وقوله :(**لذَلكَ**... إلى آخره) أي: ولأجل التفرقة بين المولى حقيقة وبين من ألحق به فرق بين من حَلَفَ ألا يطأها حتى تموت أو يموت وبين أن يموت زيد ، أي فيكون أجله إذا حلف أن لا يطأها حتى تموت أو يموت من يوم الحلف ، لأن يمينه تناولت بقية عمره أو عمرها فكان بمنزلة من قال : والله لا أطؤك فأطلق ، ويكون أجله إذا قال : حتى يموت زيد ، من يوم الرفع لأن مدة يمينه محتملة لأقل من أجل الإيلاء .

خليل : وظاهر « المدونة »[1]يخالف هذه التفرقة لقوله : وإن حلف ألا يطأ امرأته حتى يموت فلان ، أو حتى يقدم أبوه من السفر ؛ فهو مولٍ ؛ فظاهره أنه يُضرب له الأجل من يوم اليمين .

ابن عبد السلام : والتفريق الذي ذكره المصنف غير خال من مغمز .

وَفِي ابْتِدَاءِ أَجَلِ الْمُظَاهِرِ الْمُمْتَنِعِ مِنَ التَّكْفِيرِ قَادِراً قَوْلانِ ، وفَيْئَتُهُ تَكْفِيرُهُ

يعني : اختلف هل ابتداء أجل الإيلاء في حق المظاهر إذا دخل عليه الإيلاء بسبب امتناعه من الكفارة وهو قادر عليها من يوم اليمين ؟ وهو الذي في « الموازية » ، وعليه اختصر البراذعي ، وغيره « المدونة » ، أو من يوم الرفع وهو أيضاً لمالك .

اللَّخْميّ : والأول أحسن ؛ لأن المظاهر قصد تحريم الوطء ، إذ معنى الظهار إنَّ وطأتك عليَّ حرام كأمي .

وقال ابن يونس[2] : القول الثاني أحسن ، يريد : أنه لم يحلف على ترك الوطء بالتصريح ، فيكون هو الجاري على المشهور في المسألة السابقة .

وفي المسألة قول ثالث : أن الأجل من يوم يتبين ضرره ، قيل : وهو مذهب «المدونة»، وقال الباجي[3] ، الثالث ، والأول في « المدونة » .

وقوله : (**وفَيْئَتُهُ تَكْفِيرُهُ**) أي: فيئة هذه المظاهر تكفيره لا الوطء كما في صريح الإيلاء، والفرق على أن الحالف على ترك الوطء إذا وطئ زال عنه الامتناع وإنما بقى مطالباً بالكفارة، وأما المظاهر فإذا وطئ لا يرتفع عنه المانع بل يتأكد كما سيأتي .

---

(١) « المدونة » (٦/ ١٠٠) .
(٢) «الجامع» (٤/ ٥٨٦ـ ٥٨٧) .
(٣) « المنتقى » (٥/ ٢٣٠) .

وفهم من قوله : (وفَيْئَتُهُ تَكْفِيرُهُ) أن المظاهر: لو وطئ لم ينهدم الأجل ، والله أعلم .

وَأَمَّا مَنْ لَيْسَ بِمُضَارٍّ فَلا يَدْخُلُ عَلَيْهِ إِيلاءٌ ، ولِذَلِكَ لَمْ يَدْخُلْ بِهِ عَلَى الْعَبْدِ إِيلاءٌ لأَنَّ مُدَّةَ صَوْمِه مُدَّةُ أَجَلِه ...

يعني : فأما من ترك الكفارة لعدم القدرة وهو معنى قوله : (**لَيْسَ بِمُضَارٍّ فَلا يَدْخُلُ عَلَيْهِ إِيلاءٌ**) وعلى هذا فيكون هذا الكلام قسيماً في المسألة السابقة للممتنع من التكفير قادراً ، فإن قيل : فإذا كان قسيمه فكان ينبغي أن يقول: فأما من ليس بقادر ؛ لأنه إنما أراد سلب وصف القدرة في قوله : الممتنع من التكفير قادراً .

قيل: لعله عدل عن ذلك تنبيهاً منه على أن الأجل إنما ضرب له في المسألة السابقة دفعاً للضرر وما ذكره المصنف من أن غير القادر لا يدخل عليه الإيلاء هو مقتضى « المدونة » .

وقيده اللَّخْمِيّ بما إذا طرأ عليه العسر والعجز عن الصيام بعد عقد الظهار ، قال : وأما إن عقده على نفسه مع علمه أنه عاجز عن حله فإنه يدخل عليه ؛ لأنه قصد الضرر بالظهار، ثم يختلف هل يطلق عليه الآن أو يؤخر إلى انقضاء أجل الإيلاء ؟ رجاء أن يحدث لها رأى في ترك القيام .

قوله : (**ولِذَلِكَ**) يعني: ولأجل أنه لا يدخل الإيلاء على من ليس بمضار ، لم يدخل على العبد إيلاء ونحوه في « الموطأ » [1] ونصه: قال مالك في العبد يظاهر من امرأته : إنه لا يدخل عليه الإيلاء ، وذلك أنه إذا ذهب يصوم صيام كفارة المظاهر دخل عليه طلاق الإيلاء قبل أن يفرغ من صيامه .

الباجي[2] : يريد لأن صيامه شهران وأجله في الإيلاء شهران فإن أفطر ساهياً أو لمرض انقضى أجل الإيلاء قبل تمام الكفارة ، قال : وتعليل مالك في « الموطأ » يدل على أنه لا يضرب له الأجل وإن أذن له السيد في الصوم ، لكن لا يوجد هذا لمالك ولا لأحد من أصحابه على هذا التفسير ، ولعله أراد أن هذا من بعض ما يعتذر به العبد في رفع ضرب أجل الإيلاء عنه إن كان أراد الصوم ومنعه سيده ؛ لأنه يضر به ، فذلك عذر للعبد دخول الإيلاء عليه ، وبه قال أصبغ فلم ير منع سيده من الصيام ضرراً يدخل به الإيلاء؛ لأنه ليس من قبله ، وإنما هو حق يملكه غيره .

---

(١) «الموطأ» (٢٠٧١) .

(٢) « المنتقى » (٥/ ٢٣٠) .

وروى ابن القاسم عن مالك : لا يدخل على العبد إيلاء إلا أن يكون مضاراً لا يريد أن يفيء أو يمنعه سيده الصيام بأمر جائز فهذا يُضرب له أجل الإيلاء إن رفعته امرأته ومعناه أن يضرب له أجل الإيلاء ليشرع في الكفارة إذا امتنع ، أو ليبيح له سيده في أثناء ذلك التكفير بالصيام .

وقال صاحب « الاستذكار » [1]: ما قاله في « الموطأ » هو أصله لا يدخل على المظاهر الإيلاء حراً كان أو عبداً إلا أن يكون مضاراً .

وقوله : (**أنه لو ذهب يصوم... إلى آخره**) هو على قول من يقول : إن بانقضاء أجل الإيلاء يقع الطَّلاق ، فيقول : لو وقع الطَّلاق بعد شهرين لم تصحّ له كفارة ؛ إذ هو لا يكفر إلا بالصوم فكيف يكون مكفراً ويلزمه الطَّلاق ؟ وهذا محال .

ابن عبدوس : قلت لسحنون : فإذا لم يدخل على العبد إيلاء فما تصنع المرأة ؟ قال : ترفعه إلى السلطان فإما فاء أو طلق عليه .

أبو عمر : وهذا خلاف قول مالكٍ في «الموطأ» .

خليل : وكلام الباجي أولى ؛ لأن ابن عبد البر جعل كلامه في « الموطأ » مبنيا على القول بوقوع الطَّلاق بمجرد مضى الزمان ، وهو غير المعروف من أقوال مالك .

وظاهر كلامه: أنه حمل « الموطأ » على أنه لا يلزمه إيلاء البتة لجعله ما حكاه ابن عبدوس مخالفاً له ، وهو شيءٌ لم يقله مالك ولا أحد من أصحابه على ما قاله الباجي .

وَلَوْ زَالَ الْمِلْكُ عَنِ الْعَبْدِ الْمَحْلُوفِ بِعِتْقِهِ انْحَلَّ الإِيلاءُ فَلَوْ عَادَ عَادَ إِنْ كَانَ بَقِيَ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ....

يعني : إذا قال : إن وطئتك فعبدي ميمون حر ، ثم باع ميموناً انحلَّ الإيلاء ، لأنه إن امتنع الآن من الوطء فليس امتناعه من اليمين ، (**فَلَوْ عَادَ**) أى العبد المحلوف بعتقه إلى ملكه عاد الإيلاء عليه إن كانت يمينه غير مؤقتة ، أو مؤقتة وبقى من المدة أكثر من أربعة أشهر .

وما ذكره المصنف من عود الإيلاء عليه إذا ملكه ثانياً هو مذهب ابن القاسم .

قال ابن بكير : لا يعود عليه ، وقال أَشْهَب : إن خرج من ملكه أولاً من غير اختياره،

---

(١) « الاستذكار » (٦/ ٦٢) .

كما لو باعه الحـاكم لفلسٍ لم يعد ، ولو خرج أولاً باختياره عـاد إليه الإيلاء ، وقد تقدم توجيه الأقوال في الطَّلاق عند الكلام على المحل .

فـإن قـيل: في الفرق على قول ابن القاسم بين رجـوع العبد وبين رجوع الزوجة بملكٍ مسـتأنفٍ فإنه وافق على أنه لا تعـود عليه اليمين عـادت الزوجة إليه بملكٍ مـستأنف كـما سيأتي .

قـيل : لأنه يُتهم في العبد أن يكون قصد ببيـعه حلّ اليمين بخلاف الزوجة فإنه لا يتهم عليها ، ولهذا لم يتهمه هو ولا غيره في إرث العبد لما كان ملكه جبرياً .

وَكَذَلِكَ الطَّلَاقُ الْبَائِنُ إِذَا قَصُرَ عَنِ الْغَايَةِ وَلَوْ بَعْدَ زَوْجٍ

أي : فكمسألة العـبد إذا قال لإحدى زوجتـيه مثلاً : إن وطئتك فـفلانة طالق ، فطلّق فلانة طلاقـاً بائناً أو رجعـياً وبانت ، انحل الإيلاء ، فـلو أعادها بعد ذلـك ولو بعد زوج عادت عليه اليمين ما بقى من العصمة الأولى شيء .

فَلَوْ بَلَغَ الْغَايَةَ فَتَزَوَّجَهَا بَعْدَ زَوْجٍ لَمْ يَعُدْ

هذا هو مقابل قوله أولاً : (**قَصُرَ عَنِ الْغَايَةِ**) أى: فلو بلغ الغاية إمّا بِأنْ طلَّقها ثلاثاً أو تكملت الثلاث ثم تزوجها بعد زوج لم تعد عليه اليمين؛ لأن الملك الذي علّق عليه اليمين ذهب .

واعلم أن ما ذكره من عدم عود اليمين إذا بلغ الغاية إنما هو في المحلوف بطلاقها ، وأما المحلوف على عدم وطئها فإن اليمين منعقدة عليـه فيها سواء طلقها ثلاثاً ثم تزوجها أو أقلّ من ذلك ؛ قاله في « المدونة » في مسألة : زينب وعزة ، وقد تقدم نصها في الطَّلاق .

أَمَّا لَوْ وُرِثَ الْعَبْدُ لَمْ يَعُدْ

يعني : (**أَمَّا لَوْ**) عاد ملك العبد بالإرث (**لَمْ يَعُدْ**) عليه الإيلاء كرجوع الزوجة بعد الزوج ، ولو اشتـرى بعض العبد وورث بعضـه عاد عليه إيلاء لأجل بقـاء اليمين في ذلك البعض المـشترى ، وكـذلك لو لم يرث منه شيـئاً ، ولكن اشـترى بعضـه فإن وطئـها في المسألتين عتق عليه جميع العبد ، البعض المشتري منه بنفس حنثه وبقية العبد بالتقويم .

وَلَوْ قَالَ لِغَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا أَوْ غَيْرِهَا : إِنْ وَطِئْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَقَعَ بِأَوَّلِهِ طَلْقَةٌ رَجْعِيَّةٌ وبَقِيَّتُهُ ارْتِجَاعٌ ويَنْوِيهِ...

يعني : إذا قال لغير المدخول بها أو غيرها : إن وطئتك فأنت طالق ، يريد واحدة أو اثنتين من الوطء في المدخول بها أو غيرها ، وعلى الوطء يعود الضمير في أوله وبقيته .

ابن راشد : قوله (فَيَنْوِيهِ) عائد على قوله : (ارْتِجَاعٌ) وساوت غير المدخول بها لأنها تصير مدخولاً بها بالالتقاء ، وهكذا قال ابن المواز ، ونص كلامه عند ابن يونس : وإن كانت يمينه بواحدة فهو مولٍ وإن وطئ فلينو ببقية مصابه الرجعة ؛ لأنه يحنث بأول الملاقاة، وإن كان ذلك قبل البناء ضرب له أجل الإيلاء وله الفيئة في الوطء على أن ينوي ببقية مصابه الرجعة فإن وطئ على هذا وإلا طلّق عليه وكذلك قال عبد الملك وإن لم ينو ببقية مصابه الرجعة فلا رجوع له مدخولاً بها أو غير مدخول بها لأنه ترك تحقيق رجعته بأن ينوي ببقية وطئه الرجعة .

وحكى اللَّخْمِيّ في هذه المسألة خلافاً فقال : اختلف في صفة ما يباح له وهل ذلك بشرط أن ينوي الرجعة ؟ فقيل : له أن يصيب وينزل ، إلا أن ينوي مراجعة ؛ لأن الإنزال زائد على الوطء وقد حنث بما قبل إنزاله ، وقيل: له مغيب الحشفة ، لأنه يحنث بأول ما يقع عليه اسم الوطء ولم ير النزع منها وطئا.

وقيل : يمنع منها ابتداءً ؛ لأنه يحنث بمغيب الحشفة والنزع وطء .

وهو أحسن على ظاهر المذهب في الحنث بالأقل ، ثم يختلف هل يسقط عنه بذلك الإيلاء ؟ فعلى قول ابن القاسم يسقط ؛ لأنه قد حنث ، وعلى قول عبد الملك لا يسقط عنه نوى أم لا ؛ لأنه يقول : لا يسقط الإيلاء إلا بالمصاب وإذا كان ذلك فمن حقها الوطء التام والإنزال لحقها في الولد ، فإن أصاب وهي في العدة بعد أن نوى الرجعة وإلا طُلِّق عليه ، قال : وكذلك اختلف إذا قال : إن وطئتك فأنت طالق البتة ، كالاختلاف الأول .

وَلَوْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثاً ، فَأَكْثَرُ الرُّوَاةِ : لا يُمَكَّنُ إِذْ بَاقِي وَطْئِهِ حَرَامٌ ، وقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : ويُنَجَّزُ مِنْ غَيْرِ أَجَلٍ إِذَا رَفَعَتْهُ ، وقَالَ أَيْضاً : يُمَكَّنُ مِنَ الْتِقَاءِ الْخِتَانَيْنِ ويَنْزِعُ ، وقَالَ أَيْضاً : حَتَّى يُنْزِلَ ...

يعني : اختلف إذا قال لامرأته : إن وطئتك فأنت طالق ثلاثاً ، فروى أكثر الرواة عن

مالك : لا يمكن من الفيء بالوطء ، هكذا في « التهذيب »[١] ، وهو أحسن من كلام المصنف ؛ لأن ما في « التهذيب » يؤخذ منه أنه مولٍ وإنما منع من الفيئة خاصة ، بخلاف كلام المصنف لاحتماله هذا وإلا يكون موليا ، لكن لما قابل المصنف قول (**أَكْثَرُ الرُّوَاةِ**) بقول ابن القاسم : (**وَيُنَجَّزُ مِنْ غَيْرِ أَجَلٍ إِذَا رَفَعَتْهُ**) زال هذا الاحتمال .

وقوله : (**إِذْ بَاقِي وَطْئِهِ حَرَامٌ**) هكذا اختصر ابن يونس «المدونة» واختصرها البراذعي[٢]: إذ باقي وطئه لا يجوز وكلاهما سواء ؛ لأنه يحنث بأول الملاقاة فيكون باقي وطئه حرام .

ورأى ابن القاسم: أنه لما كان ممنوعاً من الفيئة لم يكن في ضرب الأجل فائدة ، إذ ضرب الأجل إنما هو وسيلة للفيئة .

وقول ابن القاسم بتنجيز الطَّلاق مروي عن مالك ،وهو اختيار سحنون، وقوله: (**وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : وَيُنَجَّزُ مِنْ غَيْرِ أَجَلٍ إِذَا رَفَعَتْهُ**) يدل على أنها لو لم ترفعه لم تطلق عليه.

وقال مطرف : تطلق وإن لم ترفعه ، قال في «المقدمات»[٣]: وتحصيل الخلاف في هذه المسألة أن فيه قولين :

أحدهما : أنه مولٍ .

والثاني : ليس بمولٍ .

فعلى الأول تطلق عليه حتى يحل أجل الإيلاء ، واختلف عليه إذا حل الأجل على أربعة أقوال :

الأول : أنها تطلق عليه ولا يمكن من الفيء وهو مذهب ابن الماجشون .

والثاني : أنه لا تطلق عليه إلا أن يأبى الفيء ، فإن لم يأب مُكِّن من التقاء الختانين فقط، وهو مروى عن مالك .

والثالث : أنه يمكّن من جميع لذته ولا ينزل خيفة أن يكون الولد ولد زناً وهو قول أصبغ .

---

(١) « تهذيب المدونة » (١/ ٣٧٨) .
(٢) « تهذيب المدونة » (١/ ٣٧٨) .
(٣) «المقدمات» (١/ ٦٢١) .

والرابع : أنه يمكّن من الكمال ـ أي: لا يقع عليه الحنث إلا بتمامه ـ وهو قول ابن القاسم في أصل « الأسدية » .

وظاهر قوله في « المدونة » وما يؤخذ له فيها من خلاف ذلك فقد قيل: إنه من إصلاح سحنون .

وعلى أنه غير مولٍ وفي ذلك قولان :

أحدهما : أنه يعجل عليه الطَّلاق من يوم حلف وهو قول مطرّف .

والثاني : أن الطَّلاق لا يعجّل عليه حتى ترفعه امرأته إلى السلطان وتوقفه ، انتهى باختصار .

وذكر عياض عن شيخه ابن عتاب عن أبيه: أنه يتضمن كلامه في المسألة في الكتاب أربعة أقوال :

أحدها : أنه مولٍ ولا يطلق عليه إلا بعد الأجل .

الثاني : أنها تطلق عليه إذا قامت وهو مولٍ .

الثالث : تطلق عليه وإن لم تقم وليس بمولٍ .

الرابع : تطلق عليه إذا قامت وليس بمولٍ .

اللخمي : ولم يختلف أنه لو نزع قبل تمام الوطء أنه يمنع من المعاودة .

واستشكل القول بأنه يمكّن من التقاء الختانين بأنَّ ضبط النفس عن الزيادة على ذلك عسير .

وَيُمَكَّنُ فِي الظِّهَارِ اتِّفَاقاً

أي : إذا فرضت هذه المسألة في الظهار بأن قال : إن وطئتك فأنت علي كظهر أمي ، فإنه يمكّن من الوطء بالاتفاق ، وفي هذا الاتفاق نظر .

وقد حكى اللَّخْمِيّ في كتاب الظهار في هذه المسألة في إباحة الوطء أربعة أقوال :

الأول لمحمد: أنه يمنع جملة لأن مغيب الحشفة يوجب الحنث والنزوع وطء ممن وقع عليه الظهار .

الثاني لعبد الملك: أنه له مغيب الحشفة ثم ينزع بناءً على أن النزوع ليس بوطء .

الثالث : لا يطأ ولا يُنزِل .

الرابع : أن له ذلك وإن أَنْزل .

قال : وظاهر « المدونة » : أن له الإصابة التامة ثم ينعـقد عليه الظهار ولا تلزمه الكفارة إلا أن يطأها بعد ذلك .

وعلى هذا فلا فرق بين هذه المسألة والتي قبلها ؛ لأن الزوجة تحرم هنا بالظهار كما تحرم في الأولى بالطلاق ، ولكن رُفع التحريم الحاصل في الظهار بيده لقدرته على التكفير .

خـليـل : وانظر على هذا لو كان له عبد حاضـر وقال : أنا أطأ وأعتقه عن ظهاري إذا أولجت ، هل يتفق على تمكينه من الوطء حينئذ وهو الظاهر أم لا ؟

ولا يقال : إذا كان الظاهر أنه يمكن في هذه الصورة بالاتفاق يصح كلام المصنف ؛ لأنه لم يقيد كلامه بهذه الصورة ولا يمكن أن يريدها فقط لأنها فرض نادر .

وقول اللَّخْـمِيّ : ظاهر « المدونة » ؛ لأن فيهـا : من قال لزوجته : إن وطـئتك فأنت على كظهر أمي ، فـهو مول حين تكلم بذلك ، فإن وطئ سقط عنـه الإيلاء ولزمه الظهار بالوطء ولا يقربها بعد ذلك حتى يكفر ، ولهذا غمز سحنون ما في « المدونة » .

فـضل : وإنما غمزها فيما أظن ؛ لأنه ذهب مذهب عبد الملك أنه لا يمكن من الوطء ، قال: وإنما تكلم ابن القاسم على أحد قوليه في كتاب الإيلاء أى المسألة التي فوق هذه .

صـاحب « النكت »[1] **وابن مـحرز** : وليس في قوله في « المدونة » ما يدل على تمكينه من الوطء ، وإنما قال : فإن وطئـها ، فأنت ترى كيف أشار فـضل إلى إجراء هذه المسألة على التي فوقها ، وكلام عبد الحق وابن محرز ظاهر؛ لأنه إنما قال في « المدونة »[2] : إن وطئ سقط عنه الإيلاء لأن له أن يطأها .

وَلَو قَالَ : إنْ وَطِئْتُ إحْدَاكُمَا فالأُخْرَى طَالِقٌ ، وأَبَى الْفَيْئَةَ فَالحَاكِمُ يُطَلِّقُ إحْدَاهُما

(**وأَبَى الْفَيْئَةَ**) أى: وطء كل منهما ولا إشكال أنه لو وطئ واحدة طلقت عليه الأخرى.

وقوله :(**فَالحَاكِمُ يُطَـلِّقُ إحْدَاهُما**) ينبغي أن يفهم على أن القاضي يجبره على طلاق واحدة ، أو يطلـق واحدة بالقرعـة ، وإلا فطلاق واحدة غـير معـينة لا يمكن ؛ إذ الحكم

(١) « النكت والفروق » (١/ ٢٧٥) .

(٢) « المدونة » (٦/ ٦٣) .

يستدعي تعيين محله ، وفي تطليق معينة منهما ترجيح بلا مرجح ، ومن قامت بحقها من هاتين المرأتين كان الحكم كما ذكره المصنف ، ولا يشترط قيامهما معا .

ابن عبد السلام : وذكر بعضهم في تقييد هذه المسألة قولين هل يكون مولياً منهما معاً أو لا يكون مولياً إلا من إحداهما ؟

وَلَوْ حَلَفَ لا يَطَأُ فِي هَذه السَّنَة إلا مَرَّةً ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِم : مُول حينَئذ ، وقَالَ أَيْضاً : لا إِيلاءَ عَلَيْهِ حَتَّى يَطَأَ وَقَدْ بَقِيَ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، واخْتُلِفَ فِيهَا لما نَزَلَتْ بِالْمَدِينَة ....

ههنا قاعدة تنبني عليها هذه المسألة ، والمسألة التي قبلها وما بعدها من الفروع ، وهي أن الحالف إذا كان امتناعه ليمين انعقدت عليه كان مولياً باتفاق وإن امتنع لا يمين انعقدت عليه وإنما امتنع خوفاً من انعقاد اليمين فهل يكون مولياً من حين اليمين أو لا يكون موليا حتى يطأ ؟ قولان .

والقولان في المسألة التي ذكرها المصنف في « الموازية » ، والقول الثاني مع بقية الكلام الذي ذكره المصنف في « المدونة » ، ولا يلزم من تقديم المصنف للقول الأول أن يكون هو المشهور وإنما يلزم ذلك لو صدر به ثم عطف عليه بـ (قيل) ، واختار ابن المواز القول الأول .

وَلَوْ حَلَفَ لا يُجَامِعُهَا فِيهَا غَيْرَ مَرَّتَيْنِ ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِم : لا يَكُونُ مُولِيا ، وقَالَ أَصْبَغُ: مُولٍ ؛ وهُوَ غَلَطٌ ، نَعَمْ لَوْ وَطِئَ مَرَّتَيْنِ وَقَدْ بَقِيَ أَكْثَرُ فَمُول ....

قوله : (فِيهَا) أي: في السنة ، ووجه قول ابن القاسم: أن له أن يترك وطأها أربعة أشهر ثم يطؤها ثم يترك وطأها أربعة أشهر ثم يطؤها فلا يبقى من السنة غير أربعة أشهر ، وقال أصبغ : مول، قال محمد : هو غلط ، وتبعه المصنف لما قلناه في توجيه قول ابن القاسم.

خليل : ويمكن أن يوجه قول أصبغ بأن يقال : لو لم يلزمه الإيلاء في مثل هذه الصورة لتوصل بهذا إلى مضارة الزوجة ؛ لأنه يمكنه أن يفعل في كل سنة كذلك؛ فيؤدي إلى الضرر المستديم ، وإبطال ما شرعه الله من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، فتكون هذه المسألة كالسريجية ، ولا سيما ومن قواعدنا القول بسد الذريعة ، على أن جواب ابن القاسم بعدم الإيلاء إنما ينبني على القول بأن من حلف على ترك الوطء أربعة أشهر لا

يكون مولياً وأما على الرواية الأخرى فلا ، وهذا الذي أشرنا إليه في توجيه قول أصبغ رأى اللَّخْمِيّ أن يكون لها حق في الوقف للضرر لا للإيلاء .

وقوله : (**نَعَمْ لَوْ وَطِئَ مَرَّتَيْنِ وَقَدْ بَقِيَ**... إلى آخره) هو جواب لابن القاسم تقديره أن يقال : إنما ألزمه أصبغ الإيلاء لاحتمال أن يطأ مرتين في أول السنة ، فأجاب عنه بأنه لو وطئ مرتين وقد بقى أكثر من أربعة أشهر لكان مولياً بالاتفاق .

وَفِيهَا : إنْ وَطِئْتُك فَكُلُّ مَمْلُوك أَوْ كُلُّ مَال أَمْلكُهُ منْ بَلَد كَذَا حُرٌّ أَوْ صَدَقَةٌ ؛ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ فِي تَعْجِيلِ الإِيلاءِ بِخِلافِ التَّعْمِيمِ فَإِنَّهُ لا يَكُونُ مُولِياً ....

هذان القولان مبنيان على القاعدة المتقدمة لأنه امتنع من الوطء خوفاً من انعقاد اليمين عليه في ما يملكه من البلد المسمى ؛ لأنه إنْ جَعلتَ الانعقاد بمنزلة ما يلزمه من صوم أو صدقة أو نذر أو كفارة عَجلّت الإيلاء ، وإلا لم تعجله ، ولعل المصنف نسب هذه المسألة « للمدونة » ليبين لك أن كلاً من القولين في المسألة السابقة له أصل في « المدونة » .

وقوله : (**بِخلاف التَّعْمِيم**) أي: فلا يكون موليا لأن يمينه لم تنعقد .

وَللزَّوْجَةِ الْمُطَالَبَةُ إِذَا مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهرٍ فَيَأْمُرُهُ الْحَاكِمُ بِالْفَيْئَةِ أَوِ الطَّلاقِ ؛ فَإِنْ أَبَى طَلَّقَ عَلَيْه ...

قوله : (**إِذَا مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُر**) هذا مبني على المعروف من المذهب ، وإما على القول بوقوع الطَّلاق بمضى الأربعة أشهر فلا .

وقوله : (**أَرْبَعَةُ أَشْهُر**) أي: من يوم الحلف إذا كانت يمينه صريحة في ترك الوطء أو من يوم الرفع إذا كانت يمينه متضمنة لترك الوطء كما تقدم .

قوله : (**فَيَأْمُرُهُ الْحَاكِمُ بِالْفَيْئَة**) أي: الوطء (**أَوِ الطَّلاق ؛ فَإِنْ أَبَى**) من كل منهما ، (**طَلَّقَ**) الحاكم (**عَلَيْه**) .

وظاهر كلامه أنه لا يتلوم له ، وهو الصحيح وإن كان بعضهم ذهب إليه .

واعلم أن للمولى إذا وقف حالتين :

الأولى : أن يقول : لا أطأ ، والحكم فيها أن يطلق عليه من غير تلوم .

والثانية : أن يقول : أطأ ، فهذا يتلوم له فيها ، وإليه أشار بقوله :

فَإِنْ أَجَابَ اخْتُبِرَ مَرَّةً وثَانِيَةً فَإِنْ تَبَيَّنَ كَذِبُهُ طَلَّقَ عَلَيْهِ

أى (فَإِنْ أَجَابَ) إلى الوطء ، وعلى هذا فمراده بالإجابة أخص من مراده بالإبابة في قوله : (أَبَى) لأن مراده به بالإبابة من كل من الوطء والطَّلاق كما تقدم ، ومراده بـ(أَجَابَ) أى إلى الوطء ، على أنه يمكن أن يريد بأجاب الإجابة إلى أحد الأمرين لا يعينه ويكون مقابلاً لقوله : أبى ، لكن المسألة إنما هي منصوصة على الوجه الأول .

وقوله : (اخْتُبِرَ مَرَّةً وثَانِيَةً) ظاهر كلامه: أنه موكول إلى اجتهاد الحاكم .

قال في «البيان » [١]: وهو المعلوم من مذهب مالك في « المدونة » وغيرها أنه يختبر المرتين والثلاث .

ابن عبد السلام : ووقع في المذهب روايات بالتحديد أضربْنا عنها لمخالفتها الأصول .

اللخمي : وروى ابن وهب أنه قال : يؤخر ـ وإن أقام في الاختبار ـ حتى تحيض ثلاث حيض وأكثر ، ويوقف أيضاً ، فإن قال : أنا أفيء ،خُلّي بينه وبينها ، إلا أن يكثر ذلك فتُطلق عليه ، وروى أَشْهَب أنه قال : يخلي بينه وبينها فلو لم يفِ حتى انقضت عدتها من يوم قال : أنا أفيء ، طُلِّقت عليه طلقة بائنة .

والْفَيْئَةُ: تَغْيِيبُ الْحَشفَةِ فِي الْقُبُلِ فِي الثَّيِّبِ وافْتِضَاضِ الْبِكْرِ طَائعاً عَاقِلاً

(الْفَيْئَةُ) لغة الرجوع ، والمراد بها هنا الرجوع إلى ما كان ممتنعاً منه بسبب اليمين وهو الجماع ، واحترز بالطوع من المكره ، وبالعاقل من المجنون ، فإن وطأها ليس فيئة .

وهكذا في « الجواهر »[٢] ، لكنه خلاف ما نص عليه ابن المواز وأصبغ في « العتبية »، ونقله صاحب « تهذيب الطالب » واللَّخْمِيّ وصاحب « البيان » أن وطء المجنون في حال جنونه فيئة ، قال في «البيان »: لأنها نالت بوطئها في جنونه ما تنال بوطئه في صحته ، ووقع في قول أصبغ زيادة أنه يحنث بالوطء ويكفر عنه وليه .

قال في « البيان »[٣] : وهو ضعيف؛ لأن فعله في حال الجنون كلا فعل فإذا وطئ في

---

(١) « البيان والتحصيل » (٦/٣٦٨) .

(٢) « الجواهر » (٢/٥٤٤) .

(٣) « البيان والتحصيل » (٦/٣٦٨) .

حال الجنون وجب أن لا يحنث بذلك ، ولا تجب به الكفارة لقـوله عليه السلام : « **رفـع القلم عن ثلاث** »[١] ، وعدَّ فيهم المجنون .

وقيـاس ما قاله أهـل المذهب في المجنون: أن يكون وطء المكره فيـئة ، بل أولى ، ألا ترى أنه اختُلف في حـدِّ الواطئ مكرهاً ولم يختلف في سقوط الحـد عن المجنون ، وأيضاً فإنه قد قيل عندنا: إن الإكراه إنما يكون في القول لا في الفعل والله أعلم .

وَلا يَنْحَلُّ بِالْوَطْءِ بَيْنَ الْفَخذَيْنِ

أي : (**وَلا يَنْحَلُّ**) الإيلاء (**بِالْوَطْءِ بَيْنَ الْفَخذَيْنِ**) وهكذا قال في إيلاء «المدونة» : لا تحصل الفـيئة بالوطء بين الفـخذين ولا بالقبلة والمبـاشرة واللمس ، وقال فيـها[٢]: إلا أن الكفارة تلزمه بالوطء دون الفرج ، وتحمل يمينه على الاعتزال حتى يخص بنيته الفرج.

اللخـــمي : وعلى القول بحمل الأيمان على العادة لا يـحنث بالإصابة بين الفخذين في كتاب الرجم من « المدونة » ، فإن وطئها بين الفخذين فكفَّر زال إيلاؤه لأنه لو كفر قبل أن يطأ سقط إيلاؤه ، فكيف إذا وطئ للإيلاء وظاهـر ما قال في الإيلاء يخالف مـا في كتاب الرجم ، لأنه نص في الرجم على سقوط الإيلاء ، وفي الإيلاء على عدم سقوطه .

أبو الحـــسن : إلا أن يتـأول قوله في الإيلاء ، إلا أن الكفـارة تلزمه على مـعنى ولم يخرجها ، وأما لو أخرجها لسقط عنه الإيلاء عملاً بما في الرجم .

وقال الباجي[٣] بعد أن ذكر قول مالك : إنه يحنث بالوطء دون الفرج : وتحمل أيمانهم على الاعتزال لا خلاف أنه إذا أتى بما يحنـث به فقد بطلت يمينه ، وإذا بطلت يمينه لم يبق إيلاء وهو أعلم بما تجب عليه به الكفارة من الوطء بالفرج أو غيـره ، وأما فيما بينه وما بين الزوجة فلا يخرج عن حكم الإيلاء بما يدعي من أنه لم يرد الفرج فلا يقبل قوله: يسقط به حكم الإيلاء عن نفسه ، ويقبل فيما يوجب عليـه الكفارة كما أنه لو كانت يمينه بالله فكفر بزعمه ، لم يقبل ذلك فيما بينه وبين الزوجة وبالله التوفيق ، انتهى .

خـليـل : وعلى هذا فقولـه في « المدونة » في الإيلاء : إن اليمين لا تنحل بالوطء بين الفخذين ، إنما هو فيما بينه وبين الزوجة ، وأما يمينه فقد انحلت .

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) « تهذيب المدونة » (١/ ٣٨٣) .

(٣) « المنتقى » (٥/ ٢٣١) .

ابن عبد السلام : قال بعض الشيوخ : وقد اختلف إذا لم ينوِ الفرج هل يحنث بما دون الفرج ؟ وهو قول مالك أم لا ؟ وعلى الحنث لو كفر وقال : أردت يمين الإيلاء ففي تصديقه قولان .

فإن ادعى نية في الفرج فله نيته ، وإن قامت عليه البينة لأن نيته مطابقة لظاهر لفظه ، إلا أن تفهم البينة على أنه أراد الاجتناب ، فلا تقبل نيته حينئذ ، وروى أصبغ عن ابن القاسم إذا وطئ المولى دون الفرج ، وقال : نويت الفرج، لم يحنث وبقى مولياً لحاله ، وإن قال : لا نية لى ،حنث ولزمته الكفارة ، فإن كفَّر سقط عنه الإيلاء ، وإن لم يكفر بقى مولياً لأنه يتهم أن يكون نوى الفرج وكذب في قوله : لم أنو شيئاً حين لم يكفر وأرادَ سقوط الإيلاء عنه .

وفي سماع أبي زيد في من قال : امرأته طالق إن وطئ فرجاً حراماً أبداً ، فضم جارية لامرأته إلى صدره حتى أنزل حنث ، ولا أنويه أنه أراد الوطء بعينه .

وفي « **الموازية** »: من حلف أن لا يتسرى على امرأته فجرد جارية له ووضع يده على محاسنها وملاذها ليس بتسر ، انتهى .

وفسر ابن رشد[1] ما في سماع أبي زيد من التحنيث بضم جارية امرأته ، بما إذا حضرته البينة قال : وأما إن جاء مستفتيا فلا يحنث .

أبو الحسن : وهو خلاف ما في الإيلاء من «المدونة» في قوله : أن يمينه تحمل على الاعتزال .

وَيَجُوزُ عَلَى الْمَشْهُورِ

لم يثبت هذا في نسختي ولا في نسخة ابن راشد ولا في أكثر النسخ ، ووقعت في بعض النسخ وهو كلام مشكل ؛ لأن ظاهر كلامه: أنه عائد على الوطء بين الفخذين ، فيكون التقدير ويجوز الوطء بين الفخذين على المشهور وليس كذلك فإنه لا خلاف في جوازه نقله ابن عبد السلام ، والأقرب أن يكون قوله : (**عَلَى الْمَشْهُورِ**) متعلقاً بصدر المسألة ، أى ولا ينحل بالوطء بين الفخذين على المشهور وبين هذا ما وقع في بعض النسخ عوضاً عن قوله : (ولا ينحل بالوطء بين الفخذين ، وفي حله بالوطء في غيره قولان).

---

(١) « البيان والتحصيل » (٦/٣٦٩) .

ووجد في بعض الحـواشي المنسوبة إلى ابن الأنباري في هذا الموضع مـا نصه: لعله إنما أراد المظاهر منهـا ، وهو في غاية الضـعف؛ لأنه تسليم لعـدم صلاحـية هذا الكلام لهـذا الموضع ، ولأن المشهور في المظاهر منها خلاف هذا كما سيأتي .

وَفِي الْمُحَرَّمِ : قَوْلَانِ

أي : وفي انحلال الإيلاء بالوطء المحرم ، كما لو وطئهـا حائضاً أو محرمة أو في نهار رمضان ، وأجراها اللَّخْمِيّ وغيره على الخلاف في الإحلال والإحصان بذلك .

وَفِي كِتَابِ الرَّجْمِ : لَوْ جَامَعَ فِي الدُّبُرِ انْحَلَّ الإِيلاءُ إِلا أَنْ يَكُونَ نَوَى الْقُبُلَ ، وَلَمْ يُقِرَّهُ سَحْنُونٌ....

تصور المسـألة واضح ، وقوله : (وَلَمْ يُقِـرَّهُ) أي: لم يقره في « المـدونة » وطرحه وهكذا قال الشيخ أبو محمد وابن يونس: إن سحنوناً طرحه ولم يقره .

وفي بعض النسخ ولم يقـرأه سحنون ، والأول أحـسن ؛ لأنه لا يلزم من عدم الـقراءة الطرح ، ولعل سحنوناً إنما طرح هذه المسألة لأنها توهم إباحة الوطء في الدبر وهو محرم، أو لأنهـا مـخـالفـة لما في كـتاب الإيلاء ؛ لأنـه لا فرق بين الـوطء في الدبر والوطء بين الفخذين بالنسبة إلى الزوجة .

خليل : ويمكن أن يقال : إن مراد مالك بانحلال الإيلاء هنا: إذا جاء مستفتياً ؛لأن يمينه تحمل على الاعتزال ، وإذا حنث في يمينه لم يبق مولياً .

وَالتَّكْفِيرُ وتَعْجِيلُ الْحِنْثِ فِي الْمَحْلُوفِ بِهِ بَعْدَ الْوُقُوفِ وقَبْلَهُ يَنْحَلُّ بِهِ الإِيلاءُ

لما انقضى كلامه على الفيئة أتبع ذلك بما يقوم مقامها وذلك نوعان :

الـنـوع الأول : التكفير ، أي في اليمين بالله قـبل الوقوف أو بعده ينحل به الإيلاء ، وهذا هو المشهور .

وقال أَشْهَب : لا ينحل الإيلاء بالكفارة قبل الحنث ، إذ لعله كفَّر عن يمين سبقت .

وهذا الخلاف مبنيٌّ علـى الخلاف في تقديم الكفارة قبل الحنث ؛ ولأنـه يتهم على قول أَشْهَب أن يكون قصد يميناً أخرى .

النوع الثـاني : تعجيل الحنث في المحلوف به كما لو أعتق العبد المحلوف بعتقه ، قال في « البيان »[١] : ولا خلاف في هذا ؛ لأنه لا بقاء ليمين بعد ذلك .

وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي الْفَيْئَةِ كَالاعْتِرَاضِ

يعـني : في دعواه الفيئة قال في « المدونة »[٢] : مع يمينه ، فإن نكل حلفت هي تطلق عليه إن شاءت .

والمشهور: أن القـول قوله بكراً كانت أو ثيـباً ، وقيل : القول قولهـا إن كانت بكراً ، وهذا الخلاف يؤخذ من تشبيه المصنف بالاعتراض ، فـإذا كان القول قوله في الفيئة ، ففي الكفارة أحرى ، إلا أن يقال: إن الوطء يتعذر إقامة البينة عليه بخلاف الكفارة .

فَلَوْ كَانَ مَرِيضاً أَوْ مَحْبُـوساً أَوْ غَائِباً فَتَكْفِيرُ الْيَمِينِ عَلَى الْمَشْـهُورِ إِنْ كَانَتْ مِمَّا تُكَفَّرُ قَبْلَ الْحِنْث كَالْيَمِينِ بِاللَّهِ أَوْ تَعْجِيلِ الْحِنْث ـ كَعِـتْقِ الْعَبْدِ ، وإِبَانَةِ الزَّوْجَةِ الْمَحْلُوفِ بِهِما - فَإِنْ أَبَوْا طَلَّقَ عَلَيْهِمْ ، وفِي عِتْقِ غَيْرِ مُعَيَّنٍ : قَوْلانِ ....

هذا تقسيم للفيـئة وذلك لأن المولى إن كان الوطء ممكناً منه فالفيئة في حـقه ما تقدم ، وإن لم يمكنه الوطء كالمريض والمحبـوس والغائب فتكفير اليمين على المشـهور ، وهو خبر المبتدأ ؛ أي ففيئته تكفير اليمين على المشهور ، أو مبتدأ وخبره محذوف .

والشاذ يحـتمل أنه يريد به ما تقدم لأشـهب في الكفارة ، على ما تقدم فـإنه منصوص هنا، فيكون الشاذ على هذا أضيق من المشهور ، ويحتمل أن يريد بما ذكره عن سحنون .

وهو قوله: (وقال سحنون : الأكثر أن الوعد كاف إلى أن يمكنهم) فيكون الشاذ أوسع من المشهور وهذا هو الظاهر لعـمومه ، ولأنه المصرح به في كلامه ، واسـتقرأ اللَّخْمِيّ من المشهور أن المسـجون لا تدخل عليه زوجتـه في السجن ، ولو كان ابن عـبد الحكم قال : يجوز دخولها ، وتصور قوله : أو تعـجيل الحنث ظاهر ، وهو يؤخذ من كلامه السابق ، والضمير في قوله : (**أَبَوْا**) عائد على المريض والمحبوس والغائب .

وقوله : (**طَلَّقَ عَلَيْهِمْ**) أى: إذا أبوا من التكفير وتعجيل الحنث ، وقوله : (**بهما**) ، عائد على العبد والزوجة ، وقوله : (**وفِي عِتْقِ غَيْرِ مُعَيَّنٍ : قَوْلانِ**) أى: وفي إجزاء العتق

---

(١) « البيان والتحصيل » (٦/٣٤٧) .

(٢) « المدونة » (٤/٢٣٩) .

غيـر المعين قولان ، وقد تقدمـا وتقدم الكلام عليهـما عندما ذكـر المصنف المسألة في باب الأيمان ، وذكرنا أن المشهور عدم الإجزاء .

وإنْ كَانَتْ مِمَّا لا يُكَفَّـرُ قَبْلَهُ كَصَوْمٍ لَمْ يَأْتِ أَوْ بِمَا لا يَنْفَعُ تَعْجِـيلُ الْحِنْثِ فِيهِ كَطَلاقٍ فِيهِ رَجْعَةٌ فِيهَا أَوْ فِي غَيْرِهَا فَالْفَيْئَةُ الْوَعْدُ ....

أي : (**وإنْ كَانَتْ**) اليمين (**مِمَّا لا يُكَفَّرُ**) قبل الحنث ولم يمكنه الوطء إن كان مريضاً أو محبوساً كما تقدم (**فَالْفَيْئَةُ الْوَعْدُ**) .

ابن راشد : ولا خلاف فيه ، ومثل ذلك بما إذا حلف بصوم (**لَمْ يَأْتِ**) زمانُه ، و (**بِمَا لا يَنْفَعُ تَعْجِيلُ الْحِنْث فيه**) وهو ظاهر؛ لأنه إذا قال : إن وطئتها ففلانة طالقة ، فلا فائدة في تطلقة فلانة ؛ لأنه إذا طلقهـا طلقة رجعية فاليمين منعقـدة ، وكذلك أيضاً إذا قال: إن وطئتك فـأنت طالق ، ثم قيل له : عـجل هذه الطلقة ، فله أن يقـول : لا فائدة في هذا التعجـيل ، وليست هذه المسألة هي التي قدمـها المصنف ، أعني قوله : (**ولو قـال لغـيـر المدخول بـها أو غيـرها : إن وطئتك فـأنت طالق ، وقع بأوله طلقـة رجعـية وبقـيتـه ارتجاع فـينويه**) كما قال ابن عبـد السلام : لأن الأولى إنما أتى بها لإفادة أنه يمكن من الوطء وأنه تقع عليه طلقة بالوطء فينوي الرجعة ببقية الوطء وهذه إنما أتى بها لإفادة أن تعجيل الطَّلاق لا يفيد .

قال في « البيان »(١) : وكذلك لو حلف بصيام أو صدقة أو مشى أو صدقة شيء بغير عـينه فلا خـلاف أنه لا ينحل عقـد اليمين ولا يرتـفع عنه الإيلاء بالصيـام ولا بالمشى ولا بالصدقة إن فعل ذلك قبل الحنث وإن نوى بذلك حل اليمين عنه ، وأن عليه أن يفعل ذلك مرة أخرى إن حنث ، وعلى هذا فكفارته أيضاً بالوعد .

وَيُبْعَثُ إِلَى الْغَائِبِ وَلَوْ مَسِيرَةَ شَهْرَيْنِ

نحوه في « المدونة »(٢) .

البـاجي : فجعل الشهرين في حد القرب ، وهو مقيد بما إذا علم مكانه ، وإن لم يعلم فالحكم فيه كالمفقود .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٦/ ١٤١) .

(٢) « المدونة » (٦/ ٩٩) .

قال في « البيان »[1] : وقال ابن الماجشون : لا يعذر بالغيبة وتطلق كانت يمينه مما يقدر على حلها بالكفارة أم لا، وزاد غيره في قوله : وسواء عنده قربت غيبته أو بعدت ، وكذلك في « السليمانية » أنها تطلق عليه وإن خرج حاجا أو غازيا ، ويفهم من قوله : (وَلَوْ مَسِيرَةَ شَهْرَيْنِ) أنه لو كان أكثر من ذلك لطلق عليه ، وهو مفهوم « المدونة » ، لكن صاحب « اللباب » جعل القريب بما تبلغه فيه المكاتبة فإنه قال : وإن كان بموضع تبلغ فيه المكاتبة بعث إليه ، وإن كان بموضع لا تبلغه أو تبلغه ويتعذر إتيانها ومعرفتها أو معرفة من ينقل الشهادة عنه ، كان لها أن تقوَّم بالفراق ؛ لأن محله في مقامه على الاختيار حتى يثبت أنه ممنوع فيكون حينئذ كالأسير .

فرع :

اختلف إذا أراد السفر قبل أجل الإيلاء وتقوم به امرأته ، فقال ابن القاسم : يمنعه السلطان حتى يحلّ الأجل فيفيء أو يطلق عليه فإن أبى إلا السفر أعلمه أنه يطلق عليه إذا حلَّ الأجل .

وقال ابن كنانة : إن كان منكراً للإيلاء منع من السفر حتى يتحاكم مع امرأته وإن كان مقراً أطلق له السفر ، فإذا حلَّ الأجل طلق عليه .

وقال سحنون : يقال له: إما أقمت وإما وكلت من يفيء أو يطلق، فإن قال : أفيء ، قيل له : كفِّر .

وَقَالَ سَحْنُونٌ : الأَكْثَرُ أَنَّ الْوَعْدَ كَافٍ إِلَى أَنْ يُمْكِنَهُمْ الوطء فَإِنْ لَمْ يَطَؤُوا طُلِّقَ عَلَيْهِمْ

قد تقدم أن هذا هو مقابل المشهور ونصه في « التهذيب »[2]: وقد قال ابن القاسم في يمينهم بالله : إن فاؤوا بألسنتهم أجزأهم .

سحنون : وهذه الرواية أصح من كل ما كان من هذا الصنف على غير هذا وعليه أكثر الرواة .

ابن القاسم: وأكثر الأصحاب : إذا أمكنهم من الوطء فلم يطؤوا طلق عليهم .

أبو الحسن : وقوله من هذا الصنف ، أي: أسماء الله تعالى وصفاته ، والنذر الذي لا

---

(١) « البيان والتحصيل » (٦/ ١٤٢) .

(٢) « تهذيب المدونة » (١/ ٣٨٤) .

مـخرج له ، انظر كـيف جـعل المصنف هذا القـول شاذاً مع أنه قـول ابن القـاسم وأكثـر الأصحاب وصححه سحنون .

فَلَوْ رَضِيَتْ لَكَانَ لَهَا الْعَوْدُ كَالاعْتِرَاضِ والإعْسَارِ بِخِلافِ الْعُنَّةِ

يعني : إذا رضيت بإسقاط حقها في الفيئة ثم أرادت الإيقاف فلها ذلك من غير استئناف أجل كالتـي بالمعترض أو المعـسر ثم تقـوم لأنها تقـول : رجوت علاجـه وزوال اعتـراضه وعسره، بخلاف ما إذا رضيت بالعنين أى بذي الذكر الصغير ، وظاهر كلام المصنف أن لها الإيقاف من غير يمين لسكوته عنها ونحوه لمالك .

وقال أصبغ : تحلف ما كان تركها على التأبيد إلا لتنظر ثم تطلق مكانه دون أجل .

الباجي(١) : وهذا الذي قاله أصبغ مخالف لقول مالك ؛ لأن الصبر على الضرر لا يلزم الزوجة إذا كانت ممن يثبت لها الخيار كالرضا بالأثرة .

وَلا مُطَالَبَةَ لِوَلِيِّ الصَّغِيرَةِ والْمَجْنُونَةِ بِخِلافِ سَيِّدِ الأَمَةِ ، ولَوْ رَضِيَتْ

يـعـنـي : إذا رضيت الصـغيرة أو السفـيهة أو المجنونة بترك الوطء فـلا يكون لوليهن الإيقاف، سواء كان أبا أو غيره لأن نظر الولي خاص بالمال ، ويفهم من قوله : (**لا مُطَالَبَةَ لِوَلِيِّ الصَّغِيرَةِ**) أن لولي الصغيرة المطالبة لكن بشرط أن تبلغ حد الوطء وإن لم تبلغ ذلك فلا كلام لها ، قاله اللَّخْمِيّ .

وقوله : (**بِخلاف سَيِّدِ الأَمَةِ**) أى: فإن له إيقاف الزوج ولو رضيت الأمة بترك الوطء لأن للسّيد حقاً في الوطء فلا يكون للأمة إسقاطه .

ولا مُطَالَبَةَ لِمُمْتَنِعٍ وَطئهَا لِرَتَقٍ أَوْ مَرَضٍ أَوْ حَيْضٍ

يعني : أنه لا مطالبة للمرأة بالفيئة إذا امتنع وطؤها لمانع سواء كان المانع عقليا كالرتق ، أو عادياً كالمرض ، أو شرعياً كالحيض .

فـإن قلت : كلامه هنا مناقض لما في اللعان بالنسبة إلى الحيض لقوله : ويؤخر لعانهما معـا ، وفي « المختصر » : لعـانها للحيض والنـفاس كما يؤخـر طلاقها للإعـسار والعنة بخلاف الإيلاء .

وروى أشـهب : والإيلاء ؛ فـقـوله : بخـلاف الإيلاء ، فـإنه يقـدم طلاق المولي في

---

(١) «المنتقى» (٤/ ٣٠) .

الحيض، والتطليق عليه حالة الحيض يقتضي أن يكون مطالباً للفيئة في تلك الحالة .

قيل : لا يبعد أن تكون الفيئة على هذا القول بالوعد كما في نظائر المسألة ، حيث تتعذر الفيئة بالوطء ويكون التطليق عليه إنما هو إذا امتنع من الوعد والله أعلم .

وَتَتِمُّ رَجْعَتُهُ فِي الْمَدْخُولِ بِهَا إِنِ انْحَلَّتِ الْيَمِينُ فِي الْعِدَّةِ بِوَطْءٍ أَوْ كَفَّارَةٍ أَوِ انْقِضَاءِ أَجَلٍ أَوْ تَعْجِيلِ حِنْثٍ كَعِتْقِ مُعَيَّنٍ وطلاق بَائِنٍ ، بخلاف الْوَطْءِ بَيْنَ الْفَخِذَيْنِ ونَحْوِهِ إِذَا كَانَتِ الْيَمِينُ بِاللَّهِ تَعَالَى وَنَحْوِهِ عَلَى الْمَشْهُورِ وَلِذَلِكَ يَتَوَارَثَانِ ، وَتَجِبُ النَّفَقَةُ لأَنَّهَا لَمْ تَبِنْ

اعلم أنّ كل طلاق يوقعه الحاكم فهو بائن إلا طلاقين : طلاق المولى وطلاق المعسر بالنفقة .

ثم إن الرجعة في المولى مشترطة بانحلال اليمين في العدة ؛ لأنه إنما طلق عليه للضرر اللاحق لها بترك الجماع بسبب اليمين ، فلو عادت إليه بدون الانحلال لبقي ذلك الضرر على حاله ، واختلف إذا رضيت الزوجة بالرجعة لعدم الإصابة هل تصح - وإليه ذهب ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون - أو لا تصح وإليه ذهب سحنون .

ثم بين المصنف ما تنحل به اليمين فقال : (**بِوَطْءٍ أَوْ كَفَّارَةٍ أَوِ انْقِضَاءِ أَجَلٍ**) الإيلاء .

وقوله : (**أَوْ تَعْجِيلِ حِنْثٍ كَعِتْقِ مُعَيَّنٍ**) ظاهر التصور ، وقوله : (**بِخِلافِ الْوَطْءِ بَيْنَ الْفَخِذَيْنِ**) فإن حكم الإيلاء باق عليه كما تقدم .

وقوله : (**ونَحْوِهِ**) أي من المباشرة ويحتمل أن يريد بـ (**ونَحْوِهِ**) الوطء المحرم على الخلاف المتقدم .

وقوله : (**إِذَا كَانَتِ الْيَمِينُ بِاللَّهِ تَعَالَى ونَحْوِهِ عَلَى الْمَشْهُورِ**) راجع إلى قوله : (**أَوْ كَفَّارَةٍ**) أي إنما تجري الكفارة إذا كانت اليمين بالله ونحوه على المشهور .

(**ونَحْوِهِ إِذَا كَانَتِ الْيَمِينُ بِاللَّهِ**) يحتمل أن يريد به النذر المبهم ، فإنه فيه كفارة يمين ويحتمل أن يريد به صفاته وهو الأقرب ، وإلا لقال : ونحوها ، ولا يصح أن يريد بالنحو العتق غير المعين ، فإن المشهور فيه أنه لا تنحل به اليمين كما تقدم ، ولو قال : وتتم رجعته بما ينحل به اليمين وفاقاً وخلافاً ، لكان أخصر .

وقوله : (**وَلِذَلِكَ**) أي: ولو كان الطّلاق رجعيا (**يَتَوَارَثَانِ**) وهو ظاهر .

وقوله : وروي عن مالك في « كتاب ابن شعبان »: أنه لا نفقة عليه حتى يرتجع، وهو خلاف نص « المدونة » .

فَإِنْ لَمْ تَنْحَلَّ فِيهَا أُلْغِيَتْ رَجْعَتُهُ وبَانَتْ وحلَّتْ مَا لَمْ يَكُنْ خَلا بهَا فَإِنَّهَا لا تَنْحَلُّ بَعْدَ رَجْعَتِهِ فَتَأْتَنِفُ الْعِدَّةَ ثُمَّ لا رَجْعَةَ لَهُ بِخِلافِ الْمَعْذُورِ بِمَرَضٍ ونَحْوِهِ إِلا أَنْ يُمْكِنَهُ الْوَطْءُ فَيَمْتَنِعَ

ابن عبد السلام : الضمير في (**تَنْحَلُّ**) عائد على اليمين .

وقوله : (**فيهَا**) أي: العدة .

(**أُلْغِيَتْ رَجْعَتُهُ**) أي: قدرت كالعدم ، وفي «المدونة» : وإذا طلق على المولى وقد بنى فله الرجعة في بقية العدة بالقول ، ويتوارثان ما لم تنقض ، فإن ارتجعها بالقول فواسع له أن يخلّي وإياها ؛ فإن لم يطأ حتى دخلت في أول دم الحيضة الثالثة حلت ولم تكن تلك الرجعة إلا لمعذور بمرض أو سفر أو سجن فرجعته رجعة بالقول فإذا أمكنه الوطء بعد العدة فلم يطأ فرق بينهما وأجزأته العدة الأولى إلا أن يكون خلا بها وأقر أنه لم يطأ فلتأتنف العدة ولا تكون له عليها رجعة في هذه العدة المؤتنفة لأنه أقر أنه لم يطأ .

وضعف في سماع أَشْهَب وجوب العدة عليها للأزواج بسبب الخلوة ورأى التهمة عليها في ذلك بعيدة .

وقال في « **العتبية** »[1]: كل طلاقٍ رجعي إذا ارتجع انقضت العدة واستؤنفت إلى المولي وحده .

وَلا رَجْعَةَ فِي غَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا

إذا طلق عليه بالإيلاء غير المدخول بها فلا رجعة له وهو ظاهر .

وَلا يَنْتَقِلُ الْعَبْدُ إِلَى أَجَلِ الْحُرِّ إِذْ عَتَقَ بَعْدَ أَنْ آلَى كَمَا لا تَنْتَقِلُ الأَمَةُ إِذَا عُتِقَتْ فِي الْعِدَّةِ الرَّجْعِيَّةِ وغَيْرِهَا إِلَى عِدَّةِ الْحُرَّةِ ....

قد تقدم أن أجل العبد في الإيلاء شهران فإذا ضرب له ذلك ثم عتق لم ينتقل إلى أجل الحر كما لو زنا ثم عتق مكانه فإنه لا ينتقل إلى حد الحر لأن المعتبر حال الصدور .

وقوله : (**كَمَا لا تَنْتَقِلُ**... إلى آخره) ظاهر التصور .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٦/ ٣٦٣) .

كتاب الظهار

الظِّهَارُ: تَشْبِيهُ مَنْ يَجُوزُ وَطْؤُهَا بِمَنْ يَحْرُمُ

الجوهري[١] : الظهار: قول الرجل لامرأته : أنتِ عليَّ كظهر أمي .

عياض : وهو مأخوذ من الظهر ، وكنى به عن المجامعة ؛ لأن المرأة تركب كما يركب ظهر المركوب ، لاسيما وعادة كثير العرب وغيرهم المجامعة على حرف من جهة الظهر ويستقبحون سواه ذهابا منهم إلى التستر والحياء ألا تجمع الوجوه حينئذ ولا يطلع على العورات ، وهي كانت سيرة الأنصار حتى نزل : ﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾ [البقرة :٢٢٣] على إحدى الروايتين في سبب نزولها ، واعلم أن الظهار كان في الجاهلية وأول الإسلام طلاقاً حتى أتت خولة بنت ثعلبة على ما رواه أبو داود في «سننه»[٢] وغيره تشكو زوجها إلى النبي ﷺ وتقول : ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت ، وجادلت النبي ﷺ ، واختلفت الأحاديث في نص المجادلة ، حتى أنزل الله قوله تعالى : ﴿ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم ﴾ إلى آخرها [المجادلة :٢].

عبد الوهاب [٣]: [والظهار][٤] محرم للكذب كما أخبر الله عز وجل ، فقال : ﴿مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ﴾ لنصه في الآية على أنه منكر وزور ولقوله في آخر الآية : ﴿ وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ﴾ .

الشيخ أبو إسحاق : ويؤدب من ظاهر لقوله المنكر والزور .

مالك في « المبسوط » : والظهار يمين تكفر .

الباجي[٥] : وفي « المدونة »: إن مطلق الظهار ليس بيمين ، وإنما يكون يميناً إذا قال : إن فعلتْ كذا ، فإنها عليَّ كظهر أمي .

وحد المصنف الظهار بقوله : (**تَشْبِيهُ مَنْ يَجُوزُ وَطْؤُهَا بِمَنْ يَحْرُمُ**) ودخل في قوله : (**مَنْ يَجُوز**) الأمة والزوجة ، وشمل قوله : (**مَنْ يَحْرُمُ**) المحرمة على التأبيد كالأم

---

(١) « الصحاح » (١/ ٤٤٠) .

(٢) أخرجه أبو داود (٢٢١٤) والبيهقي في « الكبرى » (١٥٠٦١) وحسنه الألباني رحمه الله .

(٣) « المعونة » (١/ ٦٠٣) .

(٤) في ط : والظاهر .

(٥) « المنتقى » (٥/ ٢٥٠) .

ونحوها ، والمحرمة لا على التأبيد وهي الأجنبية ، ومراده بقوله : (**مَنْ يَجُوزُ وَطْؤُهَا**) من الأصل جواز وطئها وإن كان يعرض لها عدم الجواز كما إذا حاضت الزوجة أو الأمة أو أحرمتا أو صامتا في واجب ، وبهذا يسقط اعتراض من قال : هذا الرسم غير جامع لخروج الزوجة الحائض منه إذا قال لها : أنتِ عليَّ كظهر أمي ، فإنه ظهار وهو تشبيه من يجوز وطؤها بمن يحرم ، وغير مانع ؛ لأنه يدخل فيه ما إذا قال لإحدى زوجتيه : أنتِ عليَّ كظهر زوجتي الأخرى ، وهي حائض فإنه يصدق عليه الحد الذي قاله المصنف ، وإنه ليس بظهار .

فَيَصِحُّ ظِهَارُ السَّيِّدِ فِي الأَمَةِ لا مَالِكَ جُزْءٍ مِنْهَا وَلا الْمُعْتَقَةِ إِلَى أَجَلٍ فَيَصِحُّ ظِهَارُ الْمُدَبَّرَةِ ، وَأُمِّ الْوَلَدِ ، وَالرَّجْعِيَّةِ ، وَالصَّغِيرَةِ ، وَالْحَائِضِ ، وَالْمُحْرِمَةِ ، وَالْكَافِرَةِ

لما ذكر رسم المظاهر ذكر هذه الجملة بياناً له ، ولذلك أتى بالفاء المشعرة بالسببية ؛ أي فلأجل أن الظهار تشبيه من يجوز وطؤها بمن يحرم صح الظهار من الأمة ؛ لأنها ممن يجوز وطؤها ، وهذا مذهبنا ، وقال الشافعي رضي الله عنه : لا يصح الظهار من الأمة ، ومنشأ الخلاف هل تدخل في قوله تعالى : ﴿ **الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم** ﴾ ولا شك أنها من النساء لغة ؛ لكن العرف يخصص هذا اللفظ بالزوجات .

وقوله : (**لا مَالِكَ جُزْءٍ مِنْهَا وَلا الْمُعْتَقَةِ إِلَى أَجَلٍ**) لأن وطأهما غير جائز وتشاركهما المكاتبة ، وصح الظهار من المدبرة وأم الولد ؛ لأن وطأهما جائز .

وقوله : (**وَالرَّجْعِيَّةِ**) لأنها وإن كانت محرمة فالتحريم لعارض رفعه بيده، ولو قيل: إن ظهاره منها قرينة في الارتجاع ، ما بعد ، كما قالوا في إسلام المجوسي على أكثر من أربع ، وقوله : (**وَالصَّغِيرَةِ ، وَالْحَائِضِ ، وَالْمُحْرِمَةِ**) نحوه في « المدونة »[1] .

وقال : (**وَالْكَافِرَةِ**) ولم يقل الكتابية كابن شاس ؛ ليشمل المجوسية إذا أسلم زوجها المجوسي ثم ظاهر منها بقرب إسلامه ثم أسلمت ، فإن ذلك يلزمه ، قاله في « المدونة » .

وقال أشهب : لا يلزمه ، وعلله ابن يونس[2]: بأنها حينئذٍ غير زوجة .

---

(١) « المدونة » (٦/٢٠١) .

(٢) «الجامع» (٤/٥٩١) .

صاحب « المقدمات »[١] : وهو غير صحيح ؛ لأنها لو كانت غير زوجة لم ترجع إليه إلا بنكاح جديد ، بل هي في ذلك الوقت زوجة إلا أن لها أن تختار فراقه باختيار دينها ، وليس ذلك مما يمنع وقوع الظهار عليها ، فإن الرجل لو قال : إن تزوجت عليك فأمرك بيدك ثلاثاً ، فتزوج عليها ثم ظاهر منها ، فإن الظاهر يلزمه ، وهل خلاف ؟

أشهب : إنما هو إذا عرض عليها الإسلام فأبت ثم أسلمت بالقرب ، فيتفق على أنه مظاهر ، أو الخلاف فيهما طريقان .

وَفِي الْمُكَاتَبَةِ لَوْ عَجَزَتْ قَوْلَان

يعني : واختلف في صحة الظهار من المكاتبة في حال كتابتها ثم عجزت على قولين ، والقول بأنه لا يصح لسحنون وعزى لابن القاسم ورأى في القول الآخر اللزوم ؛ لأنها قبل الكتابة مباحة له وإنما منع من وطئها قبل العجز لأجل الشك ، فيستصحب حال الملك إذا انكشف أمرها بالعجز .

ومنشأ الخلاف: هل رجوع المكاتبة إلى سيدها بالعجز كابتداء ملك أم لا ؟

ومفهوم قوله : (**لَوْ عَجَزَتْ**) أنها لو لم تعجز لم يلزمه الظهار إلا أن ينوي إن تزوجها فيلزمه كما يلزمه في الأجنبية إذا علق ذلك على زواجها ، وقال اللخمي وغيره : هذا هو المعروف .

وقال بعض أصحابنا : إذا ظاهر من معتقة إلى أجل أو أمة له فيها شرك أو مكاتبة فتزوجهن بعد العتق أن ذلك الظهار يلزمه ، ولا يطأ حتى يكفر .

ابن يونس[٢] : وهو عندي غلط ؛ لأن الله عز وجل إنما ألزم الظهار فيمن يحل وطؤها وتصح فيه العودة ؛ لقوله تعالى : ﴿**ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا**﴾ .

وقيل : والفرق على المشهور بين من ظاهر من مكاتبته ثم عجزت بقرب ظهاره أنه لا شيء عليه ، وبين المجوسي يسلم على زوجته فظاهر منها ثم تسلم بالقرب أن الظهار يلزمه، والفرق أن المجوسية لم تخرج من عصمته بعد ، والمكاتبة كالأجنبية ، وإن كانت قد تعجز، والأجنبية قد لا تتزوجه فلا يلزمه فيها الظهار المتقدم .

---

(١) « المقدمات » (٣١٨/١٠) .

(٢) «الجامع» (٥٩١/٤) .

وَجُزْؤُهَا مِثْلُ كُلِّهَا كَالطَّلاقِ

أي : وجزء المظاهر منها مثل كلها في لزوم الظهار ، فإذا قال : يدك عليَّ كظهر أمي ، لزمه الظهار .

وقوله : (**كَالطَّلاقِ**) يحتمل معنيين :

أحدهما : الاحتجاج على الشافعي ؛ لأنه وافق على التطليق بالجزء ، وخالف هنا في أحد قوليه .

وثانيهما : الإشارة إلى أنه ليس كل جزء يلزمه به الظهار ، بل هو كالطلاق ، فيتفق على الظهار إن شبه بيدها أو رجلها ، ويختلف في الشعر والكلام كما تقدم ، وهكذا في «المقدمات »[1] :أنه يختلف في الشعر والكلام هنا كالطلاق ، وهذا هو الأقرب ؛ لأن المصنف لم يذكر مذهب الشافعي ، ولأنه ليس من عادته الاحتجاج على المخالف ، وليس هو مطلوباً منه ، وإنما المطلوب منه معرفة الحكم ، والله أعلم .

وشَرْطُ الْمُظَاهِرِ: أَنْ يَكُونَ مُسْلِماً بَالِغاً عَاقِلاً ويَصِحُّ ظِهَارُ الْعَبْدِ

ذكر للمظاهر ثلاثة شروط ، وقوله : (**مُسْلِماً**) صفة لمحذوف تقديره أن يكون زوجاً مسلماً أو سيداً ، واحترز من الذمي فإنه لا يصح ظهاره هنا عندنا وإن أسلم ، وحكى عن المغيرة أنه يلزم الذمي نذره وطلاقه في حال الكفر ؛ أعني إذا أسلم فخرج على قوله لزوم الظهار ، واحترز بالعاقل من المجنون ، وبالبالغ من الصغير ، والمشهور أن المراهق لا يلحق بالبالغ .

وعن ابن كنانة : إن حلف قبل البلوغ ثم حنث بعده ، أنه تلزمه الكفارة ، فأخذ منه بعضهم لزوم الظهار للصغير إذا تأخر النظر له حتى بلغ ، وعن أشهب مثله ، وتأول بعضهم قول ابن كنانة أنه في المراهق ، وأخذ من قوله : (**وشَرْطُ الْمُظَاهِرِ: أَنْ يَكُونَ مُسْلِماً... إلخ**) أن المرأة لو ظاهرت من زوجها تلزمها الكفارة ، وهو صحيح ، وقد نص في « المدونة »[2] على ذلك ابن المواز ، ولو كان ملَّكها الطلاق .

وقوله : (**ويَصِحُّ ظِهَارُ الْعَبْدِ**) لتوفر الشروط فيه .

---

(١) « المقدمات » (١/٣١٨) .

(٢) « المدونة » (٦/٥٢) .

اللخمي : ويصح منه الطلاق ولو كان ممنوعاً من المال كالسفيه والعبد ولا خلاف في ذلك .

وَظِهَارُ السَّكْرَانِ كَطَلاقِهِ

أي : فيلزمه على المشهور ، وقد تقدم الكلام على حكمه في الطلاق .

وَيَصِحُّ ظِهَارُ الْعَاجِزِ عَنِ الوَطْءِ لِمَانِعٍ فِيهِ أَوْ فِيهَا ؛ كَالْمَجْبُوبِ وَالرَّتْقَاءِ ، وَقَالَ سحْنُونُ : لاَ يَصِحُّ ....

القول الذي قدمه المصنف في الرتقاء هو مذهب «المدونة» ، وأما المجبوب وفي معناه الخصي والمعترض والشيخ الفاني فما قدمه المصنف فيه هو مذهب العراقيين ، وبالثاني قال أصبغ .

ابن عبد السلام : واختلف الشيوخ فيما تدل عليه « المدونة » ، وفهم اللخمي « المدونة » على الثاني ، فإنه لما نقل عن سحنون وعلي بن زياد عدم صحة ظهار من ذكر ، قال : وهذا قول مالك في « المدونة » ؛ لقوله : لأن القبلة لا تدعو إلى خير ، وخرج على هذا الاختلاف إذا قال : قُبْلَتُكِ عليَّ أو مضاجعتك عليَّ كظهر أمي ، هل يلزمه الظهار أم لا ؟

عياض : وما تأوله اللخمي خلاف المعروف من المذهب ، فإن المقدر من مذهب مالك عند أئمتنا البغداديين وغيرهم أن جميع أنواع الاستمتاع محرم عليه ، قاله محمد والأبهري وابن نصر وغيرهم .

وحكى الباجي(١) : أنه اختلف في تأويل منعه ذلك في الكتب وغيره على وجهين : الأول للقاضي أبي محمد : أنه محمول على الوجوب، والثاني لعبد الملك في « المبسوط » أنه محمول على الكراهة ؛ للتغرير للجماع الذي لا يحل .

لكن ما خرجه اللخمي قول صحيح في المذهب وعليه يأتي قول علي بن زياد وسحنون في المجبوب والمعترض والشيخ الفاني أنه لا يلزمهم الظهار ، انتهى .

وما قاله اللخمي هو متمسك من تأوَّل «المدونة» على الموافقة لسحنون ، وتمسك الآخرون بإلزامه الظهار من الصغيرة ، ولم يفصل بين من بلغت حد الاستمتاع وغيرها وبإلزامه الظهار من الرتقاء .

---

(١) « المنتقى » (٥/ ٢٥٠) .

وَعَلَيْهِمَا خِلافُ الاسْتِمْتَاعِ

أي : وعلى المشهور ، وقول سحنون : يجري على الخلاف هل يجوز الاستمتاع بالمظاهَر منها فيما عدا الفرج ؟ فعلى صحة الظهار من المجبوب والرتقاء يمنع الاستمتاع ، ففرع على الخلاف المتقدم الذي ذكره الباجي العكس ؛ لأنه لما حكى عن سحنون أن الظهار لا يلزم الخصي والعنين والمجبوب والشيخ الفاني ، قال : عندي مبنى على أن الظهار لا يحرم الاستمتاع بغير الوطء .

وقد اختلف أصحابنا في ذلك ، فإن قلنا: إن الظهار يحرم الاستمتاع كما يحرم الوطء ، وهو ممكن من جميعهم ، وجب أن يلزمهم الظهار ، وإن قلنا: إنه ليس بحرام لنفسه ، وإنما هو ممنوع لئلا يكون داعية إلى الجماع ، فإنه لا يصح الظهار من المجبوب ولا الخصي ولا العنين ؛ لأن الجماع لا يتأتى منهم ، ونحوه لصاحب « المقدمات »[1] .

وكلام المصنف يقتضي أنه على قول سحنون يجوز الاستمتاع بالمظاهَر منها من غير كراهة ، والذي في « البيان »[2] و«المقدمات»[3] : اختلف في قوله تعالى : ﴿**مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا**﴾ فجعله أكثر أهل العلم على عمومه أنه لا يطأ ولا يقبل ولا يباشر ، وهو مذهب مالك ، وقال الحسن وعطاء والزهري : المراد الوطء خاصة ، فللمظاهر أن يقبل ويباشر ويطأ في غير الفرج ، واختلف الذين حملوا الآية على عمومها إن قبل وباشر في خلال الكفارة ،فقال أصبغ وسحنون :يستغفر الله ولا شيء عليه ، وقال مطرف: يبتدئ الكفارة.

والامتناع على قول مطرف في مقدمات الوطء واجب ، وعلى قول أصبغ وسحنون مستحب ، والظاهر من قول مالك التحريم كقول مطرف ؛ لأنه قال : يجب على المرأة أن تمنعه نفسها وإن رفعته إلى الإمام حال بينه وبينها وقال عبد الملك: له أن يقبل ويباشر وينظر إلى الشعر والصدر والمحاسن ؛ نقله ابن راشد .

وَعَلَى الْمَشْهُورِ : يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُظَاهِرُ مَعَهَا إِنْ أُمِنَ عَلَيْهَا

أي : وعلى المشهور من عدم جواز الاستمتاع بالمظاهَر منها ، وصحة ظهار الخصي

---

(١) « المقدمات » (١/ ٣١٩) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٥/ ١٨٩) .

(٣) « المقدمات » (١/ ٣١٩) .

ونحوه ، يجوز أن يكون المظاهر معها ، قال في « المدونة »[(١)]: ويجوز أن يكون معها في بيت ، ويدخل عليها بلا إذن إذا كان تؤمن ناحيته ، فتجوز المساكنة معها ، وزاد في «العتبية » الخدمة بشرط الاستتار .

قال في « المدونة »[(٢)] : ولا ينظر إلى صدرها ولا إلى شعرها حتى يكفِّر ، وجائز أن ينظر إلى وجهها .

وفي « الجلاب »[(٣)] : ولا بأس أن ينظر إلى الرأس والوجه والقدمين وسائر الأطراف .

قال مالك في « العتبية » : له النظر إلى شعرها .

وأشار عياض إلى أن إجازة النظر مشروطة بأن لا يقصد بذلك اللذة ، وأما إن قصدها به فهو ممنوع كالمباشرة ، قال : وعلى هذا فتكون القبلة وما في معناها ممنوعة على الإطلاق، والنظر ممنوع إذا قصد به اللذة ، قال : ولو أخذ من « المدونة » قولاً آخر أنه يجوز النظر إلى شعرها وصدرها ، من إجازته أن يدخل عليها بغير إذن ما بَعُد ؛ لأن دخوله عليها بغير إذن سبب إلى أن ينظر منها ذلك .

وقوله : (**وَعَلَى الْمَشْهُورِ**) أي: وأما على مقابله فهو أولى ، وإنما احتاج إلى التفريع على المشهور ؛ لأنه قد يتوهم منه منع الدخول عليها .

فإن قلت : فما الفرق بين المظاهَر منها ، فإنكم أجزتم الدخول عليها والنظر إليها ، وبين الرجعية ، فإن الذي رجع إليه مالك أنه لا يدخل عليها وكل منهما محرم وطؤه .

قيل : لأن الرجعية منحلة العصمة ، مختلة النكاح بخلاف المظاهَر منها ، فإنها ثابتة العصمة صحيحة النكاح ، والله أعلم .

وَيَجِبُ عَلَيْهَا أَنْ تَمْنَعَهُ حَتَّى يُكَفِّرَ فَإِنْ خَافَتْ رَفَعَتْ أَمْرَهَا إِلَى الْحَاكِمِ

قال في « المدونة » [(٤)]: ويجب عليها أن تمنعه من نفسها فإن خشيت منه على نفسها ، رفعت ذلك إلى الإمام فيمنعه من وطئها ، ويؤدبه إن أراد ذلك .

وقد تقدم قوله في « البيان » : إن ظاهر هذا يقتضي تحريم الاستمتاع ، وأن الإمام

---

(١) « المدونة » (٦/ ٦١) .

(٢) « المدونة » (٦/ ٦١) .

(٣) « التفريع » (٢/ ٣٦) .

(٤) « المدونة » (٦/ ٩٠) .

يحول بينه وبينها ، فقول المصنف : (وَيَجِبُ عَلَيْهَا أَنْ تَمْنَعَهُ) أي: من الوطء ومقدماته ، لا من الوطء فقط .

وَفِي تَنْجِيزِهِ فِيمَا يُنْجَزُ فِيهِ الطَّلَاقُ - مِثْلَ بَعْدَ سَنَةٍ - قَوْلَانِ

اعلم أن المصنف أشار إلى المسألتين ، الأولى : إذا قـال لزوجته : أنت عليَّ كظهر أمي بعد سنة ، أو بعـد شهر أو نـحو ذلك ، فهل يتنجـز الظهار عليـه من الآن كالطلاق وهو المشهور ، أو لا ؟ والفرق على هذا القول بين الطلاق والظهار: أن الظهار يرتفع بالكفارة ، فلم يشبه نكاح المتـعة بخلاف الطلاق ، وظاهر كلامه أن الشـاذ منصوص ، وبذلك صرح في « الجواهر »[1] .

وقال ابن عبد السلام : هو مخرج من الشاذ في الثانية ، وهو إذا قال : أنتِ عليَّ كظهر أمي ، مـثلاً ولم يعـد حتى انقـضت السنة ، فهل يتـأبد الظهار عليـه حتى يكفـر ، وهو المشهـور ، بمنزلة ما لو قـال لها : أنت طالق سنة ، أو لا يتـأبد عليه وينقطع عنـه الظهار بمضى السنة ، وهو قول مالك في «كتاب ابن شعبان» ؟

ولو قال المصنف : (وفي تنجـيزه فيمـا ينجز فيه الطلاق ، وتعـميمه فـيما يتعـمم فيه الطلاق قولان) لكان أحسن ؛ لأن قوله : (فِي تَنْجِيزِهِ) إنما يتناول الصورة الأولى فقط ، ولعل المصنف لما رأى أن الصورتين يشتركان في المعنى ، وهو أن الظهار هل يتغير بزمان أم لا ؟ اكتفي بالتمثيل .

وَلَوْ قَالَ : إِنْ لَمْ أَتَزَوَّجْ عَلَيْكِ ، فَإِنَّمَا يَلْزَمُ عِنْدَ الإِيَاسِ أَوِ الْعَزِيمَةِ

يـعنـي : إذا قال : إن لم أتزوج عليـك فأنت عليَّ كظهر أمي ، فـلا يكون مظاهراً إلا بالإياس أو العـزيمة على ترك التزويج ، وزاد ابن شـاس[2] :إلا أن ينوي مـدة معـينة ، فيـحنث بمضيـها ، ولم يتـعرض المصنـف لكونه هل يمنع من الوطء أى الطلاق ، أو لا ؟ ونص الباجي[3] على: أن الظهار كالطلاق ، وأنه يحرم عليه الوطء ، إذا كانت يمينه على حنث ، ويدخل عليه الإيلاء ، ويضرب له الأجل من يوم الرفع ، والإياس يتحقق عليه إذا مات المحلوف عليها المعينة .

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٥٥٢) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٥٥٢) .

(٣) «المنتقى» (٤/ ٣٨ ـ ٥٠) .

وهل يتحقق بعلو سنه إذا كانت المرأة غير معينة ؟ فيه نظر .

وقوله : (أَوِ الْعَزِيمَةِ) ابن راشد : جعل العزم على الترك كالترك ، ومن هنا أفتى شيخنا القرافي[1] بالحنث في من قال لامرأته : إن لم أدخل الدار فأنتِ طالق ، ثم عزم على ترك الدخول .

وقول ابن عبد السلام : إن ظاهر كلام المصنف أنه لا يمنع من الوطء ليس بظاهر ؛ لأن كلام المصنف ليس فيه تعرض لجواز ولا لعدمه .

وَإِذَا عَلَّقَهُ لَمْ يَصِحَّ تَقْدِيمُ الكَفَّارَةِ قَبْلَ لُزُومِه

يعني : إذا علق الظهار بأن قال : إن كلمتُ فلاناً فأنتِ عليَّ كظهر أمي ، لم يصح له أن يكفر قبل أن يكلم فلاناً ؛ لأن الظهار إلى الآن لم ينعقد عليه ، ولهذا لا يصح أن يتخرج في هذه المسألة الخلاف الذي في كفارة اليمين قبل الحنث ؛ لأن اليمين هناك انعقدت ، ولأن كفارة الظهار مشروطة بالعودة ، والعودة مشروطة بتقديم الظهار .

قال في « الجواهر »[2]: ولو قال : إن دخلت الدار فأنتِ كظهر أمي ، ثم أعتق عن الظهار قبل الدخول لم يجزه ، كما لو قال : إن دخلت الدار فوالله لا أكلمك ، ثم أعتق قبله لم يجزه .

وَإِذَا كَرَّرَهُ لَمْ يَتَعَدَّدْ وَلَوْ قَصَدَ ظِهَارَاتٍ مَا لَمْ يَنْوِ كَفَّارَاتٍ كَالْيَمِينِ بِاللَّهِ إِلا أَنْ يُعَلِّقَهُ بِأَشْيَاءَ مُخْتَلِفَةٍ بِخِلافِ الطَّلاقِ فِي التَّكْرِيرِ ، وَإِنْ عَلَّقَهُ بِمُتَّحِد

يعني : إذا كرر الظهار فقال : أنتِ عليَّ كظهر أمي ، أنتِ عليَّ كظهر أمي ، أنتِ عليَّ كظهر أمي ، لم يتعدد الظهار ولو قصد ظهارات ، إلا أن ينوي كفارات ، وقوله : (كَالْيَمِينِ بِاللَّه) يستفاد منه أن المسألة على ثلاثة أقسام : إن قصد التأكيد أو لم يقصد شيئاً فليس عليه إلا كفارة واحدة باتفاق ، وإن قصد كفارات لزمه ذلك باتفاق ، وإن قصد ظهارات ولم ينوِ كفارات فنص هنا على عدم التعدد ، وقد تقدم له في الأيمان قولان في اليمين بالله ، ولا فرق بينهما ، ثم إذا قصد كفارات فقال الشيخ أبو محمد : لا يطأ حتى يكفر ما نوى من الكفارات .

وقال القابسي وأبو عمران : إن كفر واحدة جاز له الوطء ، والباقي إنما هو كطعام

---

(١) «الفروق» (١/ ٨٤) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٥٥٣) .

نذره، قالا : وإن مـات فأوصى بهـذه الكفارات وضاق الثلث قـدمت كفـارة واحدة على كفارة اليمين بالله ، وتقدم كفارة اليمين بالله على ما بقى ؛ لأنه نذر .

ابـن يـونـس[1] : وقول القـابسي هو الصواب ؛ لأن الله تعالى إنما ألزم المظاهر كـفارة واحدة قبل المماسة ، والزائد على ذلك التزمه المكلف فلا يغير ما قدره الشرع .

ابن عبـد السلام : وقد يقال : إن المكلف التزم ما بقى من الكفارة قبل المماسة ، فيلزمه ما التـزمه ، ألا ترى أنه لو صرح فـقال له : عليَّ أن أعـتق رقبتين قـبل أن أطأ لما جاز له الوطء إلا بعد عتقهما ، فلعل هذا هو الذي فهم الشيخ أبو محمد من مراد المظاهر ، وفهم غيره النذر المعلق ، فكأنه قـال : إن وطئتها فعليَّ كفارتان ، وعلى هـذا فيسأل المظاهر عن مراده ، ويتفق القولان .

قال : وينبغي ألا يشترط العدد فيما زاد على كفارة واحدة على مذهب القابسي .

وقوله : (**إِلا أَنْ يُعَلِّقَهَ بِأَشْيَاءَ مُخْتَلَفَة**) أي فتتكرر الكفارات بحسب ذلك ، ولا ينوي كما لو قال : إن كلمت زيداً فأنت عليَّ كظهـر أمي ، وإن لبست الثوب فأنتِ عليَّ كظهر أمي ، واتفق على هذا إذا حنث ثانياً بعد أن أخرج الكفـارة الأولى ، وأما قبله فاختلف ، فقال المخزومي وابن الماجشون : تجزئه كفارة واحدة .

اللخـمي : وظاهر « المدونة » عليه لكل يمين كفارة ، ومـثله إذا لم يكفر عن يمينه حتى أوقع الظهار مجرداً عن اليمين ، فعلى قول المخزومي: تجـزيه كفارة ، وقال محمد : عليه كفارتان ، وإن كان الأول ظهاراً مجرداً من اليمين ، فعلى الأول تجزيه كفارة ، وعلى قول محمد عليه كفارتان .

وفرق أصبغ في الظهارين إذا كان أحدهما بيمين والأخرى بغير يمين ، فقال : إن قدم ما كان بيمين وحنث ثم أردف ظهاراً مجرداً فعليه كفارة واحدة ، وإن كان بالعكس فكفارتان، وربما نوقش المصنف في عبارته ، فقيل : إنه يدخل في هذا الاسـتثناء ما لو قال لامرأته : أنت عليَّ كظهر أمي إن كلمت زيداً ، أو أكلت الرغيف ، ولبـست الثوب ، ويلزمه ثلاث كفـارات ، ألا ترى أنه يصدق عليه أنه علقـه بأشياء مـختلفة ، مع أنـه لا يلزمه عند أهل العلم إلا كفارة واحدة ، ويجاب عنه بأن هذا الاستثناء من قوله وإن كرره ، والمثال المذكور لا تكرار فيه .

---

(١) «الجامع» (٤/ ٥٩٧ ـ ٥٩٨) .

فرع :

ولو أخذ في كفارة الظـهار قال : أنتِ عليَّ كظهر أمي ، فليبتـدئ الآن كفارة واحدة ، وتجزئه ، وقيل : بل يتم الأولى ويبتدئ في كفارة ثانية .

محمد : وهو أحب إليَّ إذا كان لم يبقَ من الأولى إلا اليسير ، وأما إن مضى يومان أو ثلاثة فليتم وتجزئه لهما جميعاً .

وقـال أشـهب : سواء مضى أكـثر الكفارة أو أقلها فإنه يجزئه أن يبـتدئ الكفارة عن الظهارين إذا كـانا نوعاً واحداً ، مـثل أن يقول : أنت عليَّ كظهر أمي ، ثم يقـول : وقد أخذ في الكفـارة مثل ذلك ، وكذلك لو كان الأول بيـمين حنث فيها والثانـي بغير يمين ، قال: ولو كان الأول بغـير يمين والثاني بيمين حنث فيـها فليتم الأولى ولبيتدئ كـفارة ثانية للظهار الثاني .

وقوله : (**بِخِلافِ الطَّلاقِ فِي التَّكْرِيرِ ، وإِنْ عَلَّقَهَ بِمتَّحِدٍ**) ، فـ (**إنْ**) من قوله بمعنى (**أو**) لأنها للمبالغة ، وقد تقدم الفرق بين الطلاق والظهار واليمين بالله في باب الأيمان.

وَكذَلِكَ لَوْ عَادَ ثُمَّ ظَاهَرَ لَزِمَ

ولأجل الفرق بين التعليق بأشياء مختلفة ، فتـعدد ، وبين التعليق بمتفقة فلا تتعدد ، لو ظاهر ثم عاد ثم ظاهر أيضاً لزمته كفارة ثانية ، ولو كان ظهاره ثانياً بما ظاهر به أولاً ، كما لو قال : أنتِ عليَّ كظهر أمي إن دخلت الدار ، وعاد ثم قال ثانياً : أنتِ عليَّ كظهر أمي إن دخلت الدار ؛ لأن الأولى لما تقـدرت بشرطها وهو العـود صارت اليمين الثـانية - وإن كانت بعين مـا علقت به الأولى - مخالفـةً للأولى ، فصار ذلك بمنزلة مـا لو قال : أنتِ عليَّ كظهر أمي إن كلمت زيداً ، وأنتِ عليَّ كظهر أمي إن دخلت الدار .

وَلَوْ ظَاهَرَ بِكَلِمَةٍ عَنْ أَرْبَعٍ أَجزَأَتْهُ كَفَّـارَةٌ ؛ مِثْلُ : أَنْتُنَّ كَظَهْرِ أُمِّي ، أَوْ: إِنْ تَزَوَّجْتُكُنَّ - بِخِلافِ مَنْ دخلت - فَهِيَ كَظَهْرِ أُمِّي ....

يعـني : لو قال لزوجاته الأربع: أنتن عليَّ كظهر أمي ، أو قال لهن قبل أن يتزوجهن : إن تزوجتكن فـأنتن عليَّ كظهر أمي ، لزمـه الظهار في الأولى حين التكلم ، وفي الثـانية بشرطه ، وتجزئه كـفارة واحدة في الصورتين ؛ لأن اليمين واحـدة وذكر ابن خويزمنداد أن عليه لكل واحدة كفارة ، كالطلاق ، إذا قال : أنتن طوالق .

قـال في « المدونة »(١) : ومن قال لأربع نسوة : إن تزوجـتكن فأنتن عليَّ كظهر أمي ، فتزوج واحدة لزمه الظهار ، ولا يقربها حتى يكفر ، فإن كفر وتزوج البواقي فلا شيء عليه فيـهن ، وإن لم يكفر ولم يطأ الأولى حتى مـاتت أو فارقها سـقطت عنه الكفارة ، ثم إن تزوج البواقي لم يطأ واحدة منهن حـتى يكفر ؛ لأنه لم يحنث في يمينه بعد ، وإنما يحنث بالوطء ، ولو وطئ الأولى ثم مـاتت أو طلقها أو لم يـطلقها لزمـته الكفـارة ، فإن تزوج البواقي فلا يقرب واحدة منهن حتى يكفر .

وما ذكـره في « المدونة » من أنه إذا تزوج واحدة يحنث ، هو جارٍ على أصل المشـهور في التحنيث بالبعض ، ويتخرج فيهـا قول آخر : إنه لا يحنث إلا بالجميع بناء على القول بأنه لا يحنث إلا بجميع المحلوف عليه .

وقـوله : (**بِخِـلافِ مَنْ دخلت**) أي فيلزمه لكل امرأة كـفارة ؛ لأنه علق عنها الظهار على كل واحدة بانفرادها ؛ لأن (مَنْ) من ألفاظ العموم ، وكـ (مَنْ) في لزوم الكفارة لكل واحدة (**أيتكن**) قاله في «المدونة» .

الباجي(٢) : وأما إن قال : كل من دخلت الدار فهي عليَّ كظهر أمي ، فظاهر المذهب أنه بمنزلة : من دخلت منكن الدار فهي عليَّ كظهر أمي ، رواه ابن المواز في « العتبية »(٣) من رواية ابن القاسـم : تجزئه كفـارة واحدة ، فيـحتمل أن يريد بـذلك أن حكم كل امرأة مخالف لمن تزوجت منكن ، وأنه بمنزلة قوله : (**إِنْ تَزَوَّجْتُكُنَّ**) ؛ ويحتمل أن يريد الباب كله واحد ، لا يجب في ذلك إلا كفارة واحدة ، وما قدمنا أولى ، انتهى .

وقد يقال : بل الثـاني أقرب ؛ لأن لفظة (كل) للعموم ، و (من) دونهـا في العموم ، فإذا تعـددت الكفارة مـع (من) وحدها ، فأحـرى مع (كل) ، لاسيـما وقـد دخلت على (من)، وقد يقال : بل اقـتضاء (من) التعـدد ، أولى من (كل) ؛ لأن (من) إنما كانت من ألفاظ العموم لإبهامـها واشـتمالها على الآحـاد بغير تخصيص ؛ لا أن مقتـــضى صيغتها كـ (كل) ، فإنهـا بوضعـها للاستـغراق ، فكانت كاليـمين على شيء واحد ، ولهـذا كان المشهـور فيها إذا قـال : كل امرأة أتزوجها فـهي عليَّ كظهر أمي ، أنه لا تلزمه إلا كـفارة واحدة ، خلافاً لابن نافع ، قال : وتتعدد أيضاً إذا قال : كل امرأة أتزوجها عليكِ ، وقاله مالك في « المختصر » .

---

(١) « المدونة » (٦/ ٥٥) .

(٢) « المنتقى » (٥/ ٢٥٢) . (٣) «البيان والتحصيل» (٥/ ١٧٣) .

السيوري : وهو الصواب .

ولو قال : من أتزوج من النساء فهي عليَّ كظهر أمي ، عليه كفارة واحدة ، وانظر هل يتخرج على ما قاله اللخمي ، فيما إذا قال : من دخلت منكن قول بإجزاء كفارة واحدة.

قال في «الاستلحاق »: وانظر لو قال : من تزوجت فهي على كظهر أمي ، ولم يقل من النساء ، هل تجزئه واحدة ؟

تنبيه :

وقع في كلام ابن يونس[١]: أن (من) في قوله : (من تزوجت منكن) ، أو (من تزوجت من النساء) للتبعيض .

عياض وغيره : وليس كذلك ، بل لبيان الجنس بدليل لو قال : (كل من تزوجت فهي عليَّ كظهر أمي) ، لكان كذلك ، وإن لم يقل : من النساء .

فرع :

إذا قال لزوجاته : إن دخلتن الدار فأنتن عليَّ كظهر أمي ، فدخلت واحدة ، فذكر الباجي[٢] عن المذهب أنه مظاهر من الجميع ، وهو جارٍ على أصل المذهب في الحنث بالبعض ، ونقل اللخمي عن ابن القاسم أنه لا شيء عليه حتى يدخلن جميعهن ، وعن أشهب: أنه يحنث فيمن دخلت خاصة ، ولا شيء عليه في غيرها .

خليل : ولعله خرج ذلك على مسألة العتق الأول من « المدونة »[٣] ، إذا قال لأمتيه : إن دخلتما هذه الدار فأنتما حرتان ، فدخلتها واحدة ، فإن فيها هذه الثلاثة الأقوال ، ومذهب ابن القاسم أنهما لا يعتقان حتى يدخلا معاً ، وانظر لم خالف أصله في التحنيث بالبعض.

وَأَلْفَاظُهُ : صَرِيحٌ ، وكِنَايَةٌ: ظَاهِرَةٌ ، وخَفِيَّةٌ ، فالصَّرِيحُ : مَا فِيهِ ظَهْرٌ مُؤَبَّدَةُ التَّحْرِيمِ ؛ مِثْلُ: كَظَهْرِ أُمِّي أَوْ عَمَّتِي ....

كلامه ظاهر التصور ، وتقسيمه هنا كتقسيمه في الطلاق ، إلا أنه هنا مثل للخفية

---

(١) «الجامع» (٤/ ٦٠١) .

(٢) « المنتقى » (٥/ ٢٥٢) .

(٣) « المدونة » (٧/ ٢٤٧) .

باسقني الماء ، ولم يجعل ذلك من كناية الطلاق ، وقوله : (**فالصَّرِيحُ : مَا فِيهِ ظَهْرٌ مُؤَبَّدَةُ التَّحْرِيمِ**) لا خلاف فيه ، والمشهور قصر الصريح على ما ذكره ، وعن ابن الماجشون : التشبيه بالمحارم صريح سواء سمى الظهر أم لا ، ونقل عنه أيضاً أن التشبيه بالمحرمة كيفما كان صريح ، وأنه لا كناية عنده .

ابن عبد السلام : وقول المصنف : (**مَا فِيهِ ظَهْرٌ مُؤَبَّدَةُ التَّحْرِيمِ**) أحسن من قول غيره: (ذات محرم) لشمول كلام المصنف المحرمة بالرضاع والصهر .

خليل : وفيه نظر فإن المحرم بسبب الرضاع أو الصهر يطلق عليه في الاصطلاح محرماً، وقد صرح في « المدونة »[1] بذلك ، فقال : فمن ظاهر من شيء من ذوات المحارم من نسب أو رضاع فهو ظهار ، نعم كلام المصنف أعم من وجه آخر ؛ لأنه يتناول الملاعنة ، وليست محرمة ؛ إذ المحرم من حرم نكاحها لحرمتها على التأبيد ، فقولنا : (**لحرمتها**) احتراز من الملاعنة ؛ لأن تحريمها ليس لحرمتها ، بل لعارض .

وقولنا : (على التأبيد) احتراز من أخت الزوجة ، وعمتها ، وخالتها .

ومن رأى أن وطء الشبهة لا يحرم ، كالشافعي يزيد في الحد بسبب مباح ؛ لأن وطء الشبهة لا يوصف بالإباحة .

وَفِي تَنْوِيَتِهِ ثَالِثُهَا : يُنَوَّي فِي الطَّلَاقِ الثَّلاثِ

لو ادعى في صريح الظهار أنه لم يرد الظهار ، وإنما أراد الطلاق ، فهل يقبل منه الطلاق ، أم لا ؟

المازري : والمشهور أنه لا يقبل ويكون ظهاراً ، رواه ابن القاسم وأشهب عن مالك ، زاد ابن المواز : ولا يلزمه الطلاق ، ولو نوى : إنك بما أقول طالق ، والقول بأنه ينوي في الطلاق سواء قصد الثلاث أو دونها لعيسى وسحنون ، والقول الثالث : أنه ينوي إن قصد الطلاق الثلاث ، ولا ينوي إن قصد دونها ، لابن القاسم ، وقيد اللخمي الخلاف بما إذا كان المتكلم عالماً بموجب الظهار ، وقصد الطلاق ، وأما إن قصد الطلاق وهو يجهل حكم الظهار ، ويرى أنه طلاق فهو مظاهر ، وفي مثله نزل القرآن ؛ لأن الظهار كان عندهم طلاقاً ، فأنزل الله فيه الكفارة .

---

(١) « المدونة » (٦/٤٩) .

تنبيه :

والمراد بعدم تصديقه في إرادة الطلاق على القول الأول: إذا جاء مستفتياً ، وكذلك قال أشـهب ، وهو أحد قـولى ابن القاسـم ، ومذهب « المدونة » في تأويل الأبهـرى ، روى عيسى وابـن سحنون أنه يصدق ، وهو مذهب « المدونة » على تأويـل ابن راشد ، وأما إن حضرته البينة فإنه يؤخذ بالظهار والطلاق معاً ، أما الظهار فباللفظ ، وأما الطلاق فلنيته ، وإن نوى الثلاث لزمه ذلـك ، ثم إذا تزوجها لا تحل له إلا بعد الكفـارة ، هكذا أشار إليه سحنون واللخمي وغيرهما ، ونص عليه صاحب « المقدمات »[1] .

وشبه ذلك اللخـمي بما قاله ابن القاسم في مسألة ناصـح ومرزوق من عتقهمـا معاً إذا قامت عليه البـينة ، فإن قيل فيمـا زاده ابن المواز من عدم لزوم الطلاق ولو نوى : أنك بما أقول طالق ، نظر ؛ لأن قـاعدة المذهب كما تقـدم أن كل كلام ينوي به الطلاق أو الإيلاء اللزوم على المعروف ، فجـوابه: أنه منع هنا من ذلك كونه تعالى أنزل الكفارة فيـمن قصد بالظهار الطلاق .

وَالْكِنَايَةُ الظَّاهِرَةُ : سُقُوطُ أَحَدِهِمَا مِثْلُ : كَأُمِّي ، أَوْ ظَهْرِ فُلانَةَ الأَجْنَبِيَّةِ

الضمير في (**أَحَدِهِمَا**) عائد على الظهر ومؤبدة التحريم ، ولهذا قال : (**كَأُمِّي ، أَوْ ظَهْرِ فُلانَةَ الأَجْنَبِيَّةِ**) ؛ ليذكر مثال كل نوع من الكناية الظاهرة ، ونص في « الجواهر »[2] أنه يلحق بقوله : (**كَأُمِّي**) في كونه كناية ظاهرة ، كما لو قال : أنت كفخذ أمي أو رأسها أو عضو من أعضائها .

سحنون وابن العطار : وإن قال لزوجته : إن فعلت كذا فـأنتِ كظهر فلانة الأجنبية ، فتزوج الأجنبية ، ثم فعل المحلوف عليه فلا شيء عليه ؛ لأنها صارت حلالاً حين الحنث.

قال في « البيان »[3] : ويلزم على قياسه لو قـال لامرأته : إن دخلت الدار فأنتِ عليَّ كظهـر فلانة ، لامـرأة له أخرى ، ثـم طلق فلانة طلاقـاً بائناً ثم دخل الدار ، أنه يلزمـه الظهار .

---

(١) « المقدمات » (١/ ٣٢٠) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٥٥٣) .

(٣) « البيان والتحصيل » (٥/ ١٩٢) .

وقال اللخمي : واختلف هل يراعي يوم اليمين أو يوم الحنث ، ومراعاة اليمين أحسن ؛ لأنه المقصود للحالف ، إلا أن يلاحظ كون يمينه على بر ، هذا معنى كلامه ، ولهذا اختاره في « البـيان »[١] ، قال : وهو الذي يأتي على قول ابن القـاسم ، في قول القائل : إن كلمت فلاناً فكل عبد في ملكي حر ،أن اليمين إنما تلزمه فيمن كان عنده حين اليمين.

وَيُنْوَي فِي الطَّلَاقِ

أي : ينوي في الكناية الظاهرة بنوعيـها ، ويصدق فيما قـصده منه ، أما النوع الأول ؛ أعني : إذا شبه بذوات المحـارم ، ولم يذكر الظهر فتنويته في الطلاق هو المشـهور ، وقال ابن الماجشون : هو ظاهر ، ولا يصدق في دعوى الطلاق ، وروى أشهب أنه طلاق إلا أن يسمى الظهر ، وقال أشهب : لا يلزمه طلاق إلا أن يريد أنها طالق إذا فرغت من اللفظ ، لا طالق بنفس اللفظ ، وهو قول لا وجه له ، وعلى المشهور إذا نوى الطلاق فهو البتات ، ولا ينوي في دونهـا إلا أن تكون غيـر مـدخول بهـا فينـوى ، وقال سـحنون : ينوي في المدخول بها أيضاً .

صاحب « المقدمات »[٢]: وهو أظهر ؛ لأنه ليس من ألفاظ الطلاق ، فوجب أن يوقف الأمر على ما نوى .

وأما النوع الثاني : وهو إذا قال : أنتِ كظهر فلانة ، الأجنبـية ، فما قاله من أنه ظهار إلا أن ينوي به الطلاق ، يكون كما نوى ، هو مذهب « المدونة » ،ففيها[٣] : وإن قال : أنتِ عليَّ كظهر فـلانة ، أو مثل ظهـر فلانة ، لجارة له أجنبـية ، وهي ذات زوج أم لا ، فهو مظاهر ، وقـال غيره : هو طلاق ، ولا يكون مظاهراً ، زاد ابن رشد وغـيره في قول غيره : إلا أن يريد بقـوله : مثل فلانة في هوانها ، ينوي في ذلـك ولا يلزمه شيء ، قاله غير واحد ، وغيره هنا هو ابن الماجشون ، واختلف في محل خلافه ، فقال بعضهم : إنما خلافـه مع ابن القاسم ؛ حـيث لا نية ، وأما لو نوى الظهـار ، فيتـفق على لزوم ذلك ، وذهب أكثر الشـيوخ إلى أنه يخالف ابن القاسـم مطلقاً ، وأنه يلزم عنده الطلاق ولو نوى الظهار ، وذكر لفظ الظهر .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٥/ ١٩٢) .
(٢) « المقدمات (١/ ٣٢٠) .
(٣) « المدونة » (٦/ ٥٠)

وصحح في « المقدمات »[1] طريق الأكثر ابن يونس[2] .

وإذا بنينا على قـول عبد الملك : أنـه لا ينوي في إرادة الظهار ؛ فإنـه إذا قال : نويت الظهار ، يؤخذ بالبتات وبالظهار ، إن تزوجها بعد زوج .

أَمَّا لَوْ قَصَدَ مِثْلَهَ فِي الْكَرَامَةِ فَلَيْسَ بِظِهَارٍ

هذا ظاهر في الأم ؛ لأنها محل الإكرام ، وأما الأجنبية ؛ فـينبغي أن يلزمه فيها الظهار أو الطلاق ، على القولين السابقين ، اللهم إلا أن يعلم أنه مكرم لها ، ومذهبنا في التشبيه بالأم أنه محمول على الظهار إلا أن يقصد الكرامة ، ومذهب الشافعي بالعكس .

فرع :

قال في « المدونة »[3] : لو قال : يا أمه أو يا أخته أو يا عمته أو يا خالته ، فلا شيء عليه، وهو من كلام أهل السفه .

فَلَوْ أَسْقَطَهُمَـا وشَبَّهَ بِغَيْرِ مُـؤَبَّدَةِ التَّحْرِيمُ ، فَالْمَـشْهُورُ : الْبَتَاتُ وثَالِثُـهَا : ظِهَارٌ إِلا أَنْ يَنْوِيَ الطَّلاقَ ، ورَابِعُهَا : عَكْسُهُ وخامسها نفيهما .

الضمير في (**أَسْقَطَهُمَا**) عائد على الظهر ومؤبدة التحريم ، ولما كان سقوطهما أعم من التشبيه بـغير مؤبدة التحريم ؛ لشمول ذلك الصـور التي يذكرها المصنف إثر هذه ، احتاج إلى أن يقول : (**وشَبَّهَ بِغَيْرِ مُؤَبَّدَةِ التَّحْرِيم ، فَالْمَشْهُورُ : الْبَتَاتُ**) ؛ أي تطلق عليه ثلاثاً .

(**وثَالِثُهَا**) أي والقول بأنه ظهار وإن نوى به الطلاق ، وهكذا ذكره ابن شاس[4] وغيره، والقول بأنه طلاق وإن نـوى به الظهار نسبـه ابن يونس لابن الماجشـون ، قال : ولا يكون الظهار إلا في ذوات المحارم ، والقول بأنه ظهار إلا أن ينوي به الطلاق لسحنون وأشهب ، والقول بعكسه حكاه اللخمي وابن بشير وعزاه في « الجواهر » لعبد الملك ، والقول الخامس بنفي الظهار والطلاق ليس بمنصوص بل خرجه اللخـمي من قول مطرف إذا شبه بالذكور ، فإنه قال : لا يكون ظهاراً ولا طلاقاً .

ورده ابن بشير وغـيره بأن الذكر لما لم يكن قـابلاً للوطء مطلقاً أشبه الجـماد ، بخلاف

---

(١) « المقدمات » (١/ ٣٢٠) .
(٢) «الجامع» (٤/ ٦٠٣) .
(٣) « تهذيب المدونة » (١/ ٣٧٥) .
(٤) « الجواهر » (٢/ ٥٥٢) .

الأجنبية ، وفيه نظر ، فإن عدم القبول شرعاً ليس بمقتضٍ لإلغاء هذا الكلام ، فإن الأم لا تقبله بالنسبة إلى المظاهر .

تنبيه :

وقيد المشـهور بإلزام البتـات بما إذا لم تكن له نية ، أو قامت عليه بينـة ، وأما إن جاء مستفتـياً فإنه يصدق في إرادة الظهار ، وإذا ألزمناه الطلاق لقيام البـينة فإنه يلزمه الظهار ، وإن تزوجهـا لإقراره به ، فإن قـيل : هذه المسألة وما بعـدها من أى الأقسام هي ؟ فـإنها ليست من صريح الظهار قطعاً ، ولا من الكناية الخفـية ، والمصنف قد أخرجها من الكناية الظاهرة ، قيل : هي مترددة بين الظاهرة والخفية ، فلذلك ذكرها بينهما ، والله أعلم .

وَلَوْ شَبَّهَ بِظَهْرِ ذَكَرٍ مِثْلَ : كَظَهْرِ أَبِي أَوْ غُلامِي ، فَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ : ظِهَارٌ ، وقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ : لَيسَ بِظِهَارٍ ولا طَلاقٍ ....

رأى ابن القاسم: أنه لما شبه بمن يحرم وطؤه كان كـما لو شبه بابنته ، وبه قال أصبغ ، وروى ابن حبيب أنه لا يـكون ظهاراً ؛ لأنه غير ما نزل به الـقرآن ، ولا طلاقاً ؛ لأنه لم ينوهِ ، وهو قول مطرف ، وقيل : هو طلاق ، وكهذه المسألة لو قال : كظهر الدابة ، فإنه يلزمه الظهار عند ابن القاسم ، ولا يلزمه على قول مطرف .

فَلَوْ قَالَ : كَابْنِي أَوْ غُلامِي ، فَقَالَ ابْنُ القَاسِمِ: تَحْرِيمٌ

لا إشكال على قول ابن حبيب : أنه لا يلزمه شيء ، وإنما لم يلزمه عند ابن القاسم في هذه بخلاف التي قبلها ؛ لأنه رأى أن ذكر الظهر قرينة في إرادة الظهار ، وقوله : (تحريم) نحوه في « الجواهر »(١) ، وهو يقتضي الثلاث .

وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ حَرَامٌ كَظَهْرِ أُمِّي أَوْ كَأُمِّي ، فَعَلَى مَا نَوَى مِنْهُمَا أَوْ مِنْ أَحَدِهِمَا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فَظِهَارٌ ، وقَالَ عَبْدُ الْوَهَّابِ : طَلاقٌ ..

الضمير في (مِنْهُمَا) يدل على الظهار والطلاق ؛ أى : إن نوى بذلك الظهار والطلاق، لزماه .

قال في « الجـواهر »(٢) : هذا إذا قدم الظهار في نيته ، فـإن نوى أحدهما لزمه ما نواه

---

(١) « الجواهر » (٢/٥٥٢) .

(٢) « الجواهر » (٢/٥٥٢) .

فقط ، وتبع المصنف هنا ابن شاس[١] ، وظاهر « المدونة »[٢] خلاف ما قالاه ، ففيها : وإن قال لها : أنتِ حرام مثل أمي ، فهو ظهار ؛ لأنه جعل للحرام مخرجاً حين قال: مثل أمي ، قال غيره : لا تحرم به ؛ لأن الله تعـالى أنزل الكفارة في الظهار ولا يعقل من لفظ به شيئاً سوى التحريم ، ثم قـال بعد ذلك : وإن قال لها : أنتِ حرام مثل أمى ، أو حرام كأمي ، ولا نية له فهو مظاهر ، وهذا لا اختلاف فيه ، انتهى .

فمـقتضـاه: أن الكلام الأول مع النية ، وأنه يلزمه به الـظهار ، وإن نوى به الطلاق ، ويدل عليه قوله في الثانية : إن هذا مما لا اختلاف فيه ، وقوله هذا أيضاً يدل على أن قول الغير في الأولى خلاف هذا .

قال ابن عبد السلام : في معنى « المدونة »[٣] ، وكذلك قال غيره : لا خلاف في إلزامه الظهار ، والمشهور أنه لا يلزمه ، وكـلام عياض قريب منه ، أعني أنه يدل على أن مذهب الكتاب أنه ظهار ، ولو نوى به الطلاق ، فإنه قال : وإن قـرب بظهاره لفظ الحرام، فقال: أنت حرام مثل أمي ، ففي « المدونة » أنه ظهار ، ومثله في « العتبية »[٤] ، وقال مالك في «الموازية » : ما لم يرد به الطلاق .

عبـد الملك : في ذلك ، وفي : أحرم من أمي ؛ أنه ظهـار ، ولو نوى الطلاق ، وقال محمد : هذا إذا سمى الظهر ، فإن لم يسمه فيلزمه ما نوى .

وفي كتاب «الوقار» في : حرام مثل أمي هو البـتات ، ويلزمه الظهار متى رجع ، وفي سماع عيسى في : أحرم من أمي ، أنه ثلاث ، انتهى .

ونقل ابن حارث عن ابن القاسم فيما إذا قال : حرام مثل أمي أنه طلاق إلا أن ينوي به الظهار ، قيل : المشهور في أحرم من أمي أنه ظهار .

تنبيه :

أقام بعـضهم من قوله في «المدونة» : كأنه جـعل للحرام مخرجـاً أن من قال : الأيمان تلزمه وامرأته طالق إن فعلت كذا ، ثم فعله أنه إنما تلزمه طلقة واحدة ، لأنه جعل للأيمان مخرجاً حين قال : وامرأته طالق .

(١) « الجواهر » (٢/ ٥٥٢) .
(٢) « المدونة » (٦/ ٥٠) .
(٣) « المدونة » (٦/ ٥١) .
(٤) «البيان والتحصيل» (٥/ ١٧١) .

فرع : قال ربيعة في « المدونة »[١] : وإن قال: أنت مثل كل شيء حرمه في الكتاب ، فهو مظاهر ، وقاله ابن الماجشون وابن عـبد الحكم وأصبغ ، وقال ابن القاسم وابن نافع ، بل هو البتات ؛ لأن الكتاب حرَّم الخنزير والميتة وغيرهما، فيكون بمنزلة ما لو قال لزوجته: أنت عليَّ كالميتة ، وصرح ابن أبي زمنين وغيره بأن قول ابن القاسم مخالف لربيعة .

وفي « تهذيب الطالب » : الذي قال ابن القاسم وابن نافع صواب ظاهر ، ويحتمل أن يكون غير مخالف لقول ربيعة ، ويكون معنى قول ربيعة : أنها تحرم عليه بالثلاث ، ثم إذا تزوجها كان عليه الظهار ، ويكون ربيعة إنما تكلم على الوجه المشكل ، وهو الظهار .

ابـن يونـس [٢] بعد ذكره القولين : والصـواب عندي أنه يلزمه الظهار والطلاق ثلاثاً ، وكأنه قال : أنت علي كـأمي وكالميتة ، ومعنـى ما قاله ربيعة أنه أراد مـا حرم الكتاب من النساء ، ولو أراد غيرهن من تحريم المطعومات وغـيرها لكانت الثلاث ، قال بعضهم : إن قال: أنت عليَّ مـثل ما حرم الكتـاب فهو الطلاق بالاتفـاق ، وإن قال كمثل شيء حـرمه الكتاب فثلاثة أقوال ، ظهار وبتات والأمران جميعاً .

قال ابن شهاب في « المدونة »[٣] : ولو قال : كبعض من حرمه عليَّ من النساء ، فهو مظاهر .

قال ابـن شعـبان : وكذلك لو قال : كـبعض من حرم القرآن ، ولو قـال : إن وطئتك وطئت أمي فلا شيء عليه .

قال ابن القاسم : وكذلك إن قال لجاريته: لا أعود لمسِّك حتى أمسَّ أمي فلا ظهار عليه .

وَالْخفية : مِثْلُ : اسْقِنِي مَاءً ، فَإِنْ قَصَدَ بِهِ الظِّهَارَ وَقَعَ كَالطَّلَاقِ

تصوره ظاهر ، وشبه ذلك بالطلاق إشارة منه إلى إجراء الخلاف الذي تقدم فيه هناك.

ولا يسْقط الطَّلَاقُ الثَّلَاثُ ظِهَاراً تَقَدَّمَهُ أَوْ صَـاحَبَهُ مِثْلُ : إِنْ تَزَوَّجْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً وأَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي ....

يعني : إذا ظاهر من زوجته فعاد ، أو لم يعـد ، ثم طلقها ثلاثاً ، فإن ذلك الطلاق لا يسقط الظهـار ظهاره ، فإن تزوجـها بعد زوج لزمه ذلك ، ولـم يكن له أن يطأها إلا بعد

---

(١) « المدونة » (٦/ ٥٩) .

(٢) «الجامع» (٤/ ٥٩٥) .

(٣) « المدونة » (٦/ ٥٩) .

الكفارة ، لأن الظهار والطلاق مختلفان ، وأثرهما مختلف ، فلم يكن أحدهما مسقطاً للآخر .

قوله : (أَوْ صَاحَبَهُ) مثاله ما ذكره المصنف : إن تزوجتك فأنت طالق ثلاثاً ، وأنت على كظهر أمي ، واستغنى المصنف بما ذكره عن عكسه ، وهو إذا قدّم الظهار على الطلاق، فقال : أنت علي كظهر أمي وطالق ثلاثاً ، ويبين لك الاستغناء قوله في «المدونة»[(١)] بعد ذكر المثالين : والذي قدم الظهار في لفظه أبين ، واختلف في سبب وقوعهما ، فقال ابن محرز : لأن الواو لا تقتضي الترتيب ، وقال اللخمي : لقرينة التعليق ، فلزما جميعاً بالعقد ، حتى لو قال ذلك في مجلسين ، وبدأ بأيهما شاء ، فإنهما يقعان بالعقد ، وقول مالك : الذي قدم الظهار أبين ، يريد لأن الواو ترتب عند بعضهم ، فإذا قدم الظهار ارتفع النزاع .

وَإِنَّمَا يسْقطُ مُعلَّقاً لَمْ يَتَنَجَّزْ أَوْ ظِهَاراً تأَخَّرَ مِثْلُ : أَنْتِ طَالِقٌ ثلاثاً ، وَأَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي....

مثاله : لو قال : إن دخلت الدار فأنت على كظهر أمي ، ثم طلقها ثلاثاً ، فإذا عادت العصمة إلى زوجها بعد زوج لم يلزمه الظهار ، وإذا حققت النظر لم تجد الطلاق أسقط الظهار لأنه لم يلزم ظهار ، وإنما علقه في عصمة وقد زالت ، وعادت بعصمة أخرى ، وهذا لو كان إنما أبانها بدون الثلاث لعادت عليه اليمين ما بقي من العصمة الأولى شيء ، قاله في « المدونة »[(٢)] وغيرها ، وكذلك قوله : (أَوْ ظِهَاراً تأَخَّرَ) فإن الظهار هنا لم يلزم البتة ؛ لأنها لما طلقها ثلاثاً لم تبق عصمته ، ومثل المثال الذي ذكر المصنف في عدم اللزوم لو قال لغير المدخول بها : أنت طالق ، وأنت علي كظهر أمي ، وأورد على ذلك ما إذا قال لغير المدخول بها : أنت طالق طالق طالق ، فإن المشهور لزوم الثلاث ، وأجاب ابن أبي زيد وغيره بأن الطلاق لما كان من جنس واحد عُدَّ كأنه وقع في كلمة واحدة ، ولا كذلك الطلاق والظهار ، فإنه لا يمكن جمعهما في كلمة واحدة .

وَلَوْ قَالَ : إِنْ شِئْتِ فَأَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أمي، فَشَاءَتْ فَهُوَ مُظَاهِرٌ

لأنه ظهار معلق على شرط ، فكـ (إن دخلت الدار) .

(١) « المدونة » (٦/ ٦٠) .

(٢) « المدونة » (٦/ ٦٠) .

ابن القــاسم : وذلك بيدها مـا لم توقف ، قال في « المدونة » : وقال غـيره هذا على اختلاف قول مالك في المملكة ، هل ينقطع حقها بانقضاء المجلس أم لا ؟

ابن يـونس [١]: ومذهب ابن القاسم في كل ما كان تفويضاً إليها من تمليك أو تخيير أو طلاق ، أو ظهار ، أو عتاق ، أن ذلك بيدها .

وإن قاما من المجلس ، مـا لم توقف ، والغير يرى أن اختـلاف قول مالك يدخل على ذلك ، وفرق بعض القرويين على قول ابن الـقاسم ، بين قوله : أنت طالق إن شئت ، أو أمرك بيدك إن شئت ، بأن الطلاق لا خيار فـيه ، سواء قال : إن شئت أو لم يقل ، فأفاد بقـوله (**إِنْ شِـئْتِ**) التفويض إليها في ذلك، وأمـا الذي يقول : أمرك بيدك إن شئت ، فسواء ذكر : إن شئت أو سكت عنه ، قد فهم عنه أن مراده إن شاءت الطلاق ، وزيادة إن شئت لا تؤثر شيئاً ، ووجودها وعدمها سواء، فكأن الحكم إذ ذاك يختلف .

ابن يونس [٢]: وهذا قول له وجه ، لكن ظاهر قول ابن القاسم ما قدمناه ، وقاله أيضاً بعض القرويين .

وذكر عبد الحميد عن الشيخ أبي حفص وغـيره من الشيوخ ، أن كلَّ ما كان على جهة التفويض فـذلك بيدها ، وإن تفرقا ، ولا يختلف القـول في ذلك ، وعن السيوري أنه لا يختلف في : إذا شئت ، أو متى شئت أنه على التفويض ، وأما إن شئت فهذا قد اختلف القول فيه ، وذكـر ابن حبيب عن ابن القاسم في إذا شئت ، ومتى شـئت أن لها ذلك بعد المجلس ، ما لم توقف أو توطأ بخلاف إن شئت .

ولَوْ قَالَ : كُلُّ امْرَأَة أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ عليَّ كَظَهْرِ أُمِّي لَزِمَهُ بِخِلافِ الطَّلاقِ لأَنَّ لَهُ مَخْرَجاً، وكَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ تُجْزِئُه ....

تصور المسألة واضح ، وقوله : (**لأَنَّ لَهُ مَخْرَجاً**) أى: بالكفارة ، وهذا هو الفرق بين الطلاق والظهار ، فإن الطلاق لو لزم مع العموم لحـصل حرج ، ولا يمكن رفعه ، بخلاف الظهار ، فإن حرجـه يزول بالكفارة ، وقوله : (**فكَفَّارَةٌ وَاحِـدَةٌ تُجْزِئُهُ**) هو المشـهور ، ولمالك في « المختصـر » : لكل امرأة كفارة ، وقاله ابن نافع ، فرأى في المشـهور أنها يمين واحدة ، ورأى في الشاذ أن كل لما كانت من صيغ العموم أشبهت ما لو قال لأربع نسوة : من دخلت منكن الدار فهي علي كظهر أمي .

---

(١) «الجامع» (٤/ ٥٩٤) .

(٢) «الجامع» (٤/ ٥٩٤) .

وتَجِبُ الكَفَّارَةُ بِالعَوْدِ ، وَالعَوْدُ في «المُوَطَّأ» : العَـزْمُ عَلَى الوَطْءِ والإِمْسَاكِ مَعاً ، وَفي المُدَوَّنَة: العزم عَـلَى الوَطْءِ خَاصَّةً ورُوِيَ : الإِمْسَاكُ خَـاصَّةً ، وفِيهَا : وإِنَّمَـا تَجِبُ الكَفَّارَةُ بِالوَطْءِ ، ورُوِيَ العَوْدُ : الوَطْءُ نَفْسُهُ ....

يعني : أن وجوب الكفارة مشروط بالعودة ، لقوله تعالى : ﴿**وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا**﴾ لأن دخول الفاء في خبر المبتدأ الموصول دليل على الشرطية ، كقولك : الذي يأتيني فله درهم ، وإذا قلنا أنها لا تجب إلا بالعود فهل يجوز إخراجها قبلها ؟ روى ابن سـحنون عن أبيه في المظاهر: يكفر بغير نية العود ، وهو يريد أن يطلقـها ويقول : إن راجـعتهـا حلَّت لي بغيـر ظهار ، لا يجزئـه حتى ينوي العودة ، قال : وهو قول أكثر أصحابنا .

ابن رشد[1] : وهو المشهور المعلوم .

ونقل عـبد الحق[2] والباجي[3] عن ابن عمران أن ابن القـاسم لا يراعى العودة ، وإنما يراعيها ابن الماجشون وسحنون ، وأنكرت نسبة هذا القول لابن القاسم ، وإنما أخذ له ذلك من قوله في « المدونة » في مَن ظاهر من أمته وليس له غـيرها: لم يجزه الصوم ، وأجزاه عتقها ؛ لأن العودة إن كانت العزم على الوطء والإمساك فهى غير ممكنة مع العتق .

وأجيب: باحتمال أن يكون المظاهر عزم على وطئها وإمساكها أولاً ، ثم سأل غيره عما يلزمه من الكفـارة ، فقيل له : يلزمك عـتقهـا ، ويحتمل أن يكون وطئ الأمـة ، فتكون الكفارة مـتحتمـة عليه ، ولأنه لا يلزم من عدم اشـتراطها هنا لتـعذرها ، عدم اشـتـراطها مطلقاً، فإن قـيل : هب أن الأخذ من قول ابن القاسم هذا لم يـتم ، لأن قول سحنون أو ابنه أنه قول أكثر أصحابنا ، يدل على أن الأقلين على خلاف ذلك ، قيل لا دلالة في ذلك لاحتمال أن يراد بالأقل ما نقله ابن رشد عن ابن نافع أن الكفارة تصح مع استدامة العصمة وإن لم ينو المصاب ولا أرادة ، وهو قريب من قول الشـافعي أنَّ ترك الفراق بإثر الظهار هو العودة، لكن ذكر عـياض أنه تأويل منه على ابن نافع ، وأن يحيى بن عـمر تأول قوله على أنه يرى أن العودة قصد الإمسـاك ، وحكـى بعضهم عن مالك قولاً مثل ما حكاه ابن رشد عن ابن نافع .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٦/ ٢٧٠) .

(٢) « النكت والفروق » (١/ ٢٦٧) .

(٣) « المنتقى » (٥/ ٢٥٣) .

وذكر المصنف في تفسير العودة أربعة أقوال ، وكلها روايات عن مالك ، وما نسبه المصنف « للموطأ » تبع فيه ابن شاس[١] ، وهو ظاهر ، لقوله : إن يجمع على إمساكها وإصابتها ، ومنهم من فهمه على ما نقله المصنف عن « المدونة » ، وتردد الباجي في ذلك، ورأى أن « الموطأ » محتمل للوجهين ، وما نسبه المصنف « للمدونة » هو فهم اللخمي منها ، وفهمها ابن رشد وعياض على ما نقله المصنف عن « الموطأ » ، وصرحا بأنه المشهور ، ولا يقال إذا كان مذهبه في « المدونة » محتمل ، فلم تثبت الرواية بأن العودة العزم على الوطء خاصة ، لأن نقول الرواية ثابتة ، نقلها ابن الجلاب[٢] وغيره .

الباجي[٣] : وليس من شرط العزم على الإمساك الأبدية ، بل لو عزم على إمساكها سنة، كان عازماً ، واستضعفت الرواية بأن العود الوطء ، لأن الله تعالى اشترط في الكفارة، أن تكون قبل المماسة .

واعلم أن وجوبها على مذهب « المدونة » بالعزم خاصة مشروط ببقاء المرأة في عصمته، وإلا فلو عزم على وطئها ثم طلقها لسقطت الكفارة ، وسيأتي ذلك .

وذهب داوود الظاهري: إلى أن العودة هو أن يعود إلى لفظ الظهار ، وأعرب (ما) من قوله تعالى : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا ﴾ مصدرية ، ورد بأنه عليه الصلاة والسلام لم يأمر المظاهر أن يعيد لفظ الظهار ، وأيضاً فالظهار محرم ، فلا يؤمر بإعادته ، ورد أيضاً قول الشافعي بأن قوله تعالى : ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ﴾ يقتضي وقوع أمر في زمان متأخر عن الظهار من المظاهر ، والشافعي يرى أن مجرد مضى الزمان موجب للكفارة ، وعلى مذهبنا فيكون في الآية حذف مضاف ؛ أى : ثم يعودون لنقيض ما قالوا ، أو يكون التقدير : ثم يتداركون ما قالوا ؛ لأن المتدارك للأمر عائد إليه ، أو يراه بما قالوا ما حرموه على أنفسهم ؛ تنزيلاً للقول منزلة المقول ، وما مصدرية أو موصولة أو نكرة موصوفة .

وقوله : (**وَفِيهَا : وَإِنَّمَا تَجِبُ الْكَفَّارَةُ بِالْوَطْءِ**) يحتمل أن يكون أتى بذلك استشكالاً ؛ لأنه لما ذكر عن المدونة أنها تجب بالعزم على الوطء ، ذكر هذا كالمخالف له ، والظاهر أنه هنا لا إشكال في هذا ؛ لأن الوجوب هنا يطلق لمعنيين :

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٥٥٢) .

(٢) « التفريع » (٢/ ٣٧) .

(٣) « المنتقى » (٥/ ٢٥٣) .

الأول : وجوب متحتم .

والثاني: غير متحتم ؛ فالمتحتم بعد الوطء ؛ لأنها تجب سواء بقيت الزوجة في العصمة أم لا ، وغير المتحتم إذا عاد بغير الوطء ، فإنهـا إنما تجب بشرط بقاء العصمة ، فقوله في «المدونة »[١] : وإنما تجب الكفارة بالوطء ، مراده الوجوب المتحتم ، والله أعلم .

فَلَوْ عَادَ بِغَيْرِ الْوَطْءِ ثُمَّ أَبَانَهَا أَوْ مَاتَتْ فَفِي سُقُوطِهَا قَوْلانِ

السقوط مذهب « المدونة »[٢] ، ففيها : ولو طلقها قبل أن يمسها وقد عمل في الكفارة لم يلزمه إتمامها ، وقال ابن نافع : إن أتمها أجزأه ، وإن أراد العودة قبل الطلاق ، والقول باللزوم إذا عاد ثم طلقها أو ماتت لمالك وأصبغ ، واختلف هل قول ابن نافع خلاف لقول المشـهور ، وأنه لو أتم على قـول ابن القاسـم لم يجزه ، وإليـه ذهب صاحب « تهـذيب الطالب » ، و صاحب « البـيان » ، أو هو وفاق وإليـه مال اللخمي ؟ والخـلاف جارٍ في الصيـام وغيره ، ولابن الماجـشون قـول ثالث بالفرق بين أن يمضي من الكفـارة أقلها ، أو أكثرها .

قال في « البيان »[٣] : وأما إن لم يتم كفارته حتى تزوجها فاتفق على أنه لا يبنى على الصيام ، واختلف هل يبنى على الإطعام على أربعة أقوال :

أحدها : أنه لا يبنى بعد انقضاء العدة وإن تزوجها ، وهو قول أشهب .

والثاني : أنه يبنى وإن لم يتزوجها وهو قول ابن عبد الحكم وابن نافع .

والثالث : أنه لا يبنى إلا أن يتزوجها ، وهو قول أصبغ .

والرابع : الفرق بين أن يمضي منه أكثره أو أقله ، وهو قول ابن الماجشون .

تنبيه :

ما ذكرناه من أن مذهب «المدونة» السقوط ، إنما هو في الطلاق البائن أو في الرجعي ، وانقضت العدة ، وأما لو تمت عدة الطلاق فإنه يجزئه باتفاق ، قاله في «تهذيب الطالب»، قال في « البـيان »[٤] : وقيل ذلك إن نوى ارتجاعهـا وعزم على الوطء ؛ لأن الكفارة لا

---

(١) « المدونة » (٦/ ٩٠) .

(٢) « المدونة » (٦/ ٩٠) .

(٣) « البيان والتحصيل » (٥/ ١٧٥) .

(٤) « البيان والتحصيل » (٥/ ١٧٥) .

تصح إلا بعـد العودة ، وإن لم ينوِ فـيكون كالطلاق البـائن ، واختلف إذا أراد أن يبتدئ الكفارة وهي في عدة الطلاق الرجعي ، فلـمالك في « الموازية » : يرتجع ثم يكفر ، وقال أشهب : إن كفر قبل أن يرتجع ، وقـيل : إن تبين منه فذلك جائز ، وقال ابن المعذل : لا تجزئه الكفارة قبل أن يرتجع ؛ لأن الكفارة إنما هي بعد أن يعود إلى الإمساك وهي في العدة بائنة.

أَمَّا لَوْ وَطِئَ لَمْ تَسْقُطْ

لأنها وجبت وجوباً متحتماً كما تقدم .

وَلِذَلِكَ لَوْ ظَاهَرَ ثُمَّ وَطِئَ وَلَوْ نَاسِياً ثُمَّ أَبَانَهَا ثُمَّ كَفَّرَ أَجْزَأَ اتِّفَاقاً ، وَلَوْ ظَاهَرَ ثُمَّ أَبَانَهَا ثُمَّ كَفَّرَ ثُمَّ أَعَادَهَا لَمْ يُجْزِئه ؛ لأَنَّهُ كَفَّرَ قَبْلَ الْوُجُوبِ ....

أي : لأجل أنهـا لا تسقط بالوطء ، ويحـتمل لأجل مـا ذكره من الفرق بـين أن يعود بالوطء أو بغيره لو ظاهر ثم وطئـها ولو ناسياً ، ثم أبانها لزمتـه الكفارة ولم تسقط عنه ؛ لأنها تحتمت بالوطء .

وما ذكرناه من قولنا : (لزمته الكفارة) أحسن من قوله : (**ثُمَّ كَفَّرَ أَجْـزَأَ اتِّفَاقاً**) لأن قـوله :أجزأه يوهم أن له ألا يفـعل ، ولا يقـال : هذا الوهم يزول بقوله أولاً : (أمـا لو وطئ لم تسقط) لاحتمـال أن يخصص الكلام المتقدم بما إذا كانت باقية في العـصمة ، وما حكاه من الاتفاق صحيح باعتبار النصوص ، وإلا فقد أشار ابن رشد[1] وغيره إلى أنه يلزم على القول بأن العـود الوطء نفسه ألا تجب عليه الكفـارة بأول وطء ، بل له أن يطأ مرة ، ثم لا يطأ حتى يكفر ، فعلى هذا تكون الكفـارة قد وجبت بالوطء المتقدم ، ويكون الحكم فيها كالمسألة السابقة ، وقوله : (**وَلَوْ ظَاهَرَ ثُمَّ أَبَانَهَا**... إلخ) ظاهر التصور .

وَالْكَفَّارَةُ إِحْدَى ثَلاث مُرَتَّبَةٌ : الْعِتْقُ ، وَالصَّوْمُ ، وَالإِطْعَامُ

لا خلاف في ترتيبها ، وأن العـتق أولاً ، ثم الصيام ثم الإطعام ، وقوله : (**إِحْـدَى ثَـلاثٍ**) ، يقتضي أن الكسوة لا تصح فيها ، وهو المعروف ، وفي « النوادر »[2] : قـال

(١) « البيان والتحصيل » (٥/ ١٧٥) .
(٢) « النوادر والزيادات » (٤/ ١١٦) .

ابن القاسم في « الأسـدية » فيمن كسـا وأطعم عن كفارة واحـدة : لا يجزئه ، ووقع في المجالس : يجزئه ، وأظنه قول مالك ، وقال أشهب : لا يجزئه .

الباجي[١] : وفي الموازية فيمن ظاهر من أربع نسوة ، وأطعم عن واحدة ستين وكسا عن أخرى ستين ، ثم وجد العتق فعتق عن واحدة غـير معينة ، ولم يقدر على رقبة إلى أربعة فليطعم أو يكسى ، ويجزئه .

الشيخ أبو محمد : وانظر قول محمد في الكسوة ما أعرفه لغيره .

الباجي[٢] : وهو يحتمل عندي وجهين :

أحدهـما : أنه من باب إخراج القيم في الكفارة ، فتـخرج الكسوة عن الطعام إذا كانت في مثل قيمته أو أكثر ، وهل يجب على هذا ألا يراعى قدر الكسوة .

والثـــاني : أنه رآها خصلة رابعة قـياساً على كفـارة الأيمان على رأى من صحح دخول القياس في الكفارة ، وهذا معنى كلامه وفـي الأول بعدٌ ؛ لأنَّا وإن قلنا بإخراج القيمة فلا نأمره بذلك ابتداء .

وقوله في المسألة الثانية : فليطعم أو يكسى ، يقتضي أنه مأمور بذلك ابتداء .

فَيُجْـزِئُ عِتْقُ مَنْ يُجْزِئُ فِي الصِّيَـامِ والأَيْمَانِ ، وهِيَ رَقَبَةٌ مُـؤْمِنَةٌ غَيْرُ مُلَفَّقَـةٍ مُحَرَّرَةٌ لَهُ سَلِيمَةٌ خَالِيَةٌ عَنْ شَوَائِبِ الْعِتْقِ والْعِوَضِ ...

إنما قال : (**يُجْزِئُ عِتْقُ مَنْ يُجْزِئُ فِي الصِّيَامِ والأَيْمَانِ**) وإن لم يتقدم ما يجزئ فيها ؛ لأنه أراد إفادة الحكم في الجميع ، ثم شرع المصنف في بيان ما يتعلق بالقيود أولاً فأولاً .

فَلَوْ عَتَقَ جَنِيناً عُتِقَ ولَمْ يُجْزِئه

هذا راجع إلى قوله : (**رَقَبَةٌ**) لأن الجنين لا يسمى حين العتق رقبة ، وإنما ألزمناه عتقه وإن كان سـيده إنما التزم عـتقه على لا رجـعة ، ولم تحصـل لتشوف الشـرع إلى الحرية ، وقصده به القربة .

---

(١) « المنتقى » (٥/٢٥٣) .

(٢) « المنتقى » (٥/٢٥٣) .

فَلَوْ أَعْتَقَ نِصْفَيْنِ مِنْ رَقَبَتَيْنِ لَمْ يُجْزِئه

هذا راجع إلى قوله : (غَيْرُ مُلَفَّقَة) ولم يجزئه ذلك ؛ لأنه لا يصدق عليه رقبة ، ولم يبين رحمه الله ما احترز عنه بالأيمان ، ولعل ذلك لوضوحه .

واعلم أن الكافر على ضربين : كتابي وغيره ، فالكتابي إن كان كبيراً قد عقل دينه لم يجز باتفاق ، وإن كان صغيراً لم يعقل دينه فقال اللخمي : قال ابن القاسم : يجزئه ، وقال ابن وهب وأشهب : لا يجزئه ، وقال أبو مصعب فيمن ولد من النصارى مملوكاً للمسلمين: فهو على فطرة الإسلام ، وقال ابن حبيب : لا يجزئ من ولد في ملك الإسلام، وسيأتي الكلام على غيره .

وَمِنْ وَاحِدَةٍ فِي دُفْعَتَيْنِ قَوْلانِ

يعني : إذا كان له عبد فأعتق نصفه عن كفارة ، ثم أعتق النصف الباقي عن تلك الكفارة ، ففي سماع عيسى : يجزئه ، وإن رفع إلى السلطان وجبره على التكميل ، وقال ابن الماجشون وأصبغ : لا يجزئه .

ابن عبد السلام : وهو ظاهر « المدونة » والأظهر؛ لأن الحكم يوجب عليه التتميم ، فملكه للباقي تام .

وَلَوْ أَعْتَقَ نِصْفاً ، والْبَاقِي لَهُ أَوْ لِغَيْرِه فَكُمِّلَ عَلَيْه لَمْ يُجْزِئه عَلَى الْمَشْهُورِ

تصوره ظاهر ، والمشهور هو نص « التهذيب »[1] ، ومقابله لابن القاسم أيضاً ، والأقرب هنا وفي الفرع المتقدم عدم الإجزاء ؛ لأن الحكم لما كان يوجب عليه تتميم الباقي صار ملكه له غير تام ، وعلى القول بالسراية ، فالأمر أظهر .

وَلَو اشْتَرَى مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْه ، أَوْ مَنْ عَلَّقَ عِتْقَهُ عَلَى شِرَائِه أَوْ مِلْكِه ، أَوِ اشْتَرَاهُ بِشَرْطِ الْعِتْقِ - لَمْ يُجْزِه ، واسْتَثْنَى بَعْضُهُمْ مَنْ كَانَ لِلْغُرَمَاءِ مَنْعُهُ ....

هذا راجع إلى قوله : (مُحَرَّرَةٌ) لأن الأول عتق بسبب القرابة ، والثاني عتق بنفس الشراء ، والثالث لغيره فيه شرك ؛ لأنه يضع من ثمنه لأجل العتق ، فكأنه لم يعتق رقبة كاملة ، ويحسن أن يكون هذا مما يتعلق بقوله : (خالية عن العوض) ولا إشكال في الفرع

(١) « تهذيب المدونة » (١/ ٢٨٤) .

الأول إن بنينا على المشهور أن القرابة تعتق بنفس الملك ، وأما إن بنينا على افتقاره إلى الحكم فأعتق قبل الرفع إلى الحاكم ، فقد يخرج فيها الخلاف من المسألة التي قبلها ، وما ذكره في المعلق عتقه على شرائه من عدم الإجزاء نحوه في «المدونة» ، وعطف الملك على الشراء ؛ لأن الملك أعم ؛ إذ قد يملكه بإرث أو هبة أو غيرهما ، وفي «الموازية» عن ابن القاسم : الإجزاء فيمن قال : إن اشتريت فلاناً فهو حر عن ظهاري .

ابن عبد السلام : وتردد الشيوخ هل هو خلاف «للمدونة» أو وفاق ؟ ومال الباجي[1] إلى الوفاق ، قال : لأنه لم يتقدم بعقده عتق إلا للظهار ، وتقدم له في الأولى عتق لازم بكل حال بتقدير الشراء .

ابن يونس[2] : وذكر عن أبي عمران أنه غمز المسألة إذا كان قد ظاهر قبل قوله : إن اشتريت فلاناً فهو حر عن ظهاري ، من أجل أنه لا يستقر ملكه عليه ، وعتق بنفس الشراء، قال : وأما إن لم يكن ظاهراً قبل ذلك لأجزأه ذلك ، فكأنه قال : إن اشتريتك فأنت حر عن ظهاري ، إن وقع مني ونويت العودة ، وإن لم أنوِ العودة فلا تعتق عليَّ .

الباجي[3] : وروى أبو زيد عن ابن القاسم في « العتبية » في المرأة تعطى زوجها رقبة يعتقها عن ظهاره أو ثمنها إن كان ذلك بشرط العتق ، لم يجزه ، وإن كان بغير شرط العتق أجزأه ؛ لأن هذا أيضاً شرط عليه عتقه لظهار من يملكه ، فكأنه هو الذي أثبت فيه العتق دون المظاهر ، بخلاف ما في « الموازية » ، فإنه هو الذي أثبت فيه عتق الظهار .

وعارض أبو إسحاق ما في «المدونة» من عدم الإجزاء في المشترى بشرط العتق بما لو أعتق أجنبي عنه ، فإن مذهب « المدونة » الإجزاء ، ووجه المعارضة : أنكم كما حكمتم بالإجزاء في مسألة الهبة مع أن الرقبة موهوبة للعتق ، فكذلك إذا اشتراها بشرط العتق ، وإلى هذا المعارض أشار اللخمي أيضاً ، فقال : اختلف إذا اشترى عبداً بشرط العتق ، يعتقه عن ظهاره ، فقال مالك في « المدونة »[4] : لا يشتري بشرط العتق ؛ لأنها رقبة ليست بتامة ؛ إذ يضع عنه من ثمنها ، وقال ابن كنانة في «شرح ابن مزين» : إن كان جاهلاً لم يؤمر بالإعادة ، وقال ابن القاسم : إن كان عالماً أن ذلك لا ينبغي لم يجزئه ،

---

(١) « المنتقى » (٥/٢٥٣) .

(٢) «الجامع» (٤/٦١٧ ـ ٦١٨) .

(٣) « المنتقى » (٥/٢٥٤) .

(٤) « تهذيب المدونة » (١/ ٢٨٤) .

وإن كان جاهلاً ولا وضيـعة من ثمنها أجزأه ، وإن كان فيه وضيـعة لم يجزئه ، وقال ابن القصار فيمن قال لرجل : أعتق عبدك عن كفارتي : أجزأه ، وسواء كان بجعل جعله له ؛ مثل أن يقول له : أعتقه عني ولك ألف ، أو بغير جعل وهو أصوب على أصل ابن القاسم ؛ لأنه إذا أجزأه وهو كله هبة بغـير عوض ، فأحرى إن كان بمعـاوضة ولم يكن في الثمن وضيعة ، وقوله : (**واسْتَثْنَى بَعْضُهُمْ**) هو اللخمي استثنى من عدم الإجزاء في القريب ، ومن اشترى بشرط العتق إذا كان عليه دين ، وأذن له غرماؤه أن يشتريه فيعتقه ، أو اشتراه بغير إذنهم فأذنوا له أن يعـتقه ، فقال هنا بالإجزاء ؛ لأن الدين يمنع من عـتقه ، فإذا صح ألا يعتق ويباع للغرماء صح إذنهم في عتقه عن الواجب .

وَلَوْ فَعَلَ النِّصْفَ مِنْ كُلِّ كَفَّارَةٍ لَمْ يُجْزِه

كمـا لو صام ثلاثين يومـاً ، وأطعم ثلاثين مسكيناً وأعتق نـصف عبد لا يملك غـيره ، وصام ثلاثين يوماً ، ولا إشكال في هذا مع القـدرة ؛ لأنه يجب عليه ألا يفعل الصوم إلا بعد عجزه عن العتق وأما مع العجز ، فقال ابن عبد السلام : أشار بعض المتأخرين إلى أن قول مالك اختلف في الأصل الذي تبنى عليه هذه المسـألة ، وهو : هل المعتبر في الكفارة يوم الوجـوب أو الأداء ؟ وأشار غـيـره إلى حصـول الاتفاق فـي هذه الصورة على عـدم الإجزاء .

ابن عبـد السلام : وانظر إن لم يكن اتفاق صحة الجمع بين الثانية والثالثة ، وأما الجمع بين الأولى والثانية فيعارض فيـه شيء آخر ، وهو أنَّا إذا منعنا من التلفيق بين نصفي رقبتين فأحرى أن يمنع من التلفيق بين نصف رقبة ونصف صوم وليس هذا التعارض بالقوى .

وَكَذَلِكَ لَوْ أَعْتَقَ ثَلاثاً عَنِ أَرْبَعٍ لَمْ يُجْزِه

لأن العتق لا يبعَّض .

وَلَوْ أَعْتَقَ أَرْبَعاً عَنْ أَرْبَعٍ أَجْزَأَهُ وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْ لِكُلِّ وَاحِدَة

لهذه المسـألة - أعني : إذا أعتق أربع رقبـات عن أربع نسوة - أربع صور ، إن قـصد التشريك في كل واحـدة لم تجزه واحدة منهن ، وهي كالتي قبلها ، وإن قـصد كل واحدة عن واحدة أجزأه ، واخـتلف إذا أطلق ولم يعين ولا شرك ، فقال ابن الـقاسم : تجزئه ، واختلف فيها قول أشهب .

اللخمي : والإجزاء أحسن ، فقول المصنف : (**وإنْ لَمْ يُعَيِّنْ**) هو على قول ابن القاسم.

وَلَوْ أَعْتَقَ ثَلاثاً عَنْ ثَلاثٍ مِنْهُنَّ وَلَمْ يُعَيِّنْ لِكُلٍّ وَاحِدَةً لَمْ يَطَأْ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ حَتَّى يُكَفِّرَ عَنِ الرَّابِعَةِ ، وَلَوْ مَاتَتْ وَاحِدَةٌ أَوْ طَلَّقَهَا ...

هذا الفرع مبني على قول ابن القاسم وأحد قولي أشهب ، وأما على قول أشهب بعدم الإجزاء فلا يجزيه من الثلاثة ، وقوله : (**لَمْ يَطَأْ وَاحِدَةً**) لأنه بمنزلة ما لو اختلطت ذات محرم بثلاث نسوة أجنبيات ، أو ميتة بثلاث ذكيات ، ولم تعلم ، وقوله : (**وَلَوْ مَاتَتْ وَاحِدَةٌ أَوْ طَلَّقَهَا**) مبالغة ؛ أي : لا يطأ واحدة ، ولو ماتت منهن واحدة أو طلقها ، بل وكذلك اثنتان وثلاث ، فلا يطأ الباقية حتى يكفر لاحتمال أن تكون هي التي لم يكفر عنها.

وَكَذَلِكَ الصِّيَامُ إِلا أَنْ يَنْوِيَ لِكُلٍّ وَاحِدَةٍ عَدَداً فَيُكَمِّلُ لِلأُخْرَى

يعني : فلو صام ثمانية أشهر ، ولم يعين لكل واحدة شهرين أجزأه ، ولو صام ستة عن ثلاث ولم يعين ، لم يطأ واحدة منهن حتى يكفر عن الرابعة ، وقوله : (**إِلا أَنْ يَنْوِيَ**) يعني: إذا صام الأربع دون ثمانية أشهر وقد عين لكل واحدة عدداً ، فإنه يبطل ما صام للأولى والثانية ؛ لعدم التتابع ، ويكمل للأخيرة ، فإن نوى للأخيرة عشرة أيام بنى عليها، أو عشرين بنى عليها ، ومثل هذا أيضاً لو صام ثمانية أشهر إلا أنه صامهن يوماً يوماً أو أكثر فإنه يبني على يوم واحد .

وَلَوْ أَطْعَمَ مِائَةً وَثَمَانِينَ عَنْ أَرْبَعٍ أَجْزَأَهُ عَنْ ثَلاثٍ

فيه حذف مضاف ؛ أي مقدر ثلاث ، وليس المراد أن يجزيه عن ثلاث مستقلة ؛ لقوله:

فَإِنْ مَاتَتْ وَاحِدَةٌ سَقَطَ حَظُّ الْمَيِّتَةِ إِلا أَنْ يَنْوِيَ تَشْرِيكَهُنَّ فِي كُلِّ مِسْكِينٍ فَلا يُجْزِئُهُ عَنْ شَيْءٍ ....

قوله : (**سَقَطَ حَظُّ الْمَيِّتَةِ**) أي: ربع المائة والثمانين ، وهو خمسة وأربعون ، ولا يطأ واحدة من الثلاث ، إلا بعد أن يخرج عن كل واحدة منهن كمال كفارتها خمسة عشر مسكيناً .

وقال المصنف : (**سَقَطَ حَظُّ الْمَيِّتَةِ**) ولم يقل : سقط خمسة وأربعون ؛ ليشمل ما إذا نوى لكل واحدة عدداً ، أو نوى للميتة أكثر منهن ، فإنه يسقط ما نواه لها ، أما إن جعل

لإحدى الكفارات عـدداً أكثر من الأخرى ولم يعين ، فإنـه يجعل للميتة الأكـثر ، وقوله: (**إلا أن ينوي تشـريكهن في كل مسكين فلا يجـزئه عن شيء**) هذا إذا لم تعـرف أعـيـان المساكين ، ولو عرفت لنظر إلى ما يقع لكل واحد منهم فيكمل له تمام المد .

أَوْ يَنْوي لِكُلٍّ وَاحِدَةٍ عَدَداً فَيَجُوزُ مِثْلُ عَدَدِ الْمَيِّتَةِ

ابن راشد : فإذا أخرج مائة وثمانين عن أربع ، فينوي لفلانة ستين ولفلانة ستين ولفلانة عشرة ولفلانة خمسين ، فماتت التي نوى لها ستين ، فيخرج ستين ، وإن ماتت التي نوى لها الخمسين أخـرج خمسين ، وإن ماتت التي نوى لها عشرة أخـرج عشرة ؛ إذ بها تكمل الثلاث كفارات ، وفي كلامه إضمار ؛ أي : فيجوز أن يخرج مثل عدد الميتة .

وَالْعُـيُـوبُ : ثَلاثَةٌ : مَـا يَمْنَعُ كَـمَالَ الْكَـسْبِ ويُشِينُ ؛ كَـالْقَطْعِ ، والعَـمَى ، والبُكْمُ ، والْجُنُونُ ، والهرِمُ الْعَاجِز ، والْمَرَضُ الَّذي لا يُرْجَى بُرْؤُهُ فَلا يُجْزِئُ ....

هذا راجع إلى قولـه : (سليمة) وقـسم المصنف العيـوب إلى ثلاثة أقسـام ، وقسمـهـا اللخمي إلى خـمسة أقـسام ، وطريق المصنف أحسن ؛ لأنهـا أخصر مع جـمعهـا لما قاله اللخمي ، وقوله : (**مَا يَمْنَعُ**) خبر ابتداء ؛ أي في الأول ما يمنع كمال الكسب ويشين فلا يجـزئ ، ومثل لـه المصنف بالقطع ، وسـواء كان مـقطوع اليـدين أو إحـداهما أو أحـد الرجلين، وكذلك الشلل والفلج .

وقوله : (**والعَمَى**) ظاهر ، وقوله : (**والبُكْمُ**) هو بيِّن إن كان أصم كما هو غالب أحوال البكم .

ابن عـبد السـلام : وإن لم يكن أصم فينبغي أن يجـري فيه الخلاف الذي في الأصم ، وأما المجنون إن كان مطبقاً أو في أكثر الـزمان ، فلا يجزئ ، وإن كان أقل الأزمنة ، فقال مالك وابن القاسم : لا يجزئ ، وقال أشهب : إن جن في كل شهر مرة أجزأ .

الثَّاني : مَا لا يَمْنَعُ كَـمَالَ الْكَسْبِ ولا يُشِينُ ؛ كَالْمَرَضِ الْخَفِيفِ ، والْعَـرَجِ الْخَفِيفِ ، والأَنْمُلَةِ فَيُجْزِئُ ....

وكذلك الجدع في الأذن، وذهاب بعض الأسنان، والصمم الخفيف ، قاله اللخمي .

وقوله : (**والأَنْمُلَةِ**) إن كانت من غير الإبهام فبين ، وأما أنملة الإبهام فإنها تمنع كثيراً من الصنائع .

الثَّالِثُ : مَا يُشِينُ ولا يَمْنَعُ كَمَالَ الْكَسْبِ ؛ كَاصْطِلامِ الأُذُنِ ، والصَّمَمِ ، والْعَوَرِ ، والْمَرَضِ الْكَثِيرِ الْمَرْجُوِّ ، والْبَرَصِ الْخَفِيفِ ، والْعَرَجِ الْبَيِّنِ ، والْخِصَاءِ والأُصْبُعِ فَقَوْلانِ

بناء على اعتبار الشين أو الكسب ، وقوله : (**كَاصْطِلامِ الأُذُنِ**) كلامه في «التهذيب»[1] يدل على إجزاء المصطلم الأذن الواحدة ؛ لقوله : (**ويجزئ الجدع الخفيف كجدع الأذن**) ولكن انتقدت عليه هذه اللفظة ، فقيل : إنما في «المدونة» : كجدع في الأذن ؛ وهو يدل على أن الجدع لم يوعب الأذن ، والقول بالإجزاء في مصطلم الأذن لأشهب ، ونص في « المدونة »[2]على أن مقطوع الأذن لا يجزئ ، ومذهب « المدونة »: أن الأصم لا يجزئ ، وقال أشهب : يجزئ .

والمشهور :إجزاء الأعور ، وفي « الموازية » : لا يجزئ ، وهو قول عبد الملك ، وأما المرض الكثير المرجو ، فقال محمد : يجزئ ما لم ينازع ؛ وقاله عبد الملك ، واستقرأ اللخمي من قول الغير في «المدونة» في الأبرص : يجزئ إذا كان خفيفاً ولم يكن ممرضاً ، عدم الإجزاء في المرض البين .

وأما البرص الخفيف فقال ابن القاسم في الجذام والبرص : لا يجزئ جملة .

اللخمي : ولم يفرق بين قليله ولا كثيره ، وقال أشهب في البرص الخفيف : يجزئ ، وأما الخصاء ، فقال اللخمي فيه ثلاثة أقوال : كرهه في « المدونة » ، وقال أيضاً : لا يجزئ ، وقال أشهب: يجزئ ، وأما الأصبع فالمشهور عدم الإجزاء ، وقال ابن الماجشون : يجزئ ، وإن كانت الإبهام .

اللخمي : وليس بالبيِّن ، ولو كانت الخنصر وما والاه رأيته أن يجزئ .

ويُجْزِئُ عِتْقُ الرَّضِيعِ ، والأَعْجَمِيِّ بِخِلافِ الْجَنِينِ ، ومَنْ عَقَلَ الصَّلاةَ والصِّيَامَ أَوْلَى

هكذا في « المدونة » لكنه اشترط في عتق الرضيع والأعجمي أن يكون ذلك لقصد النفقة .

أبو عمران : وهو على استحباب ، وأما الإجزاء فإنه يجزئ وإن كان مع سعة النفقة.

---

(١) « تهذيب المدونة » (١/ ٣٦٣) .

(٢) « المدونة » (٦/ ٧٧) .

ابن عبـد السلام : وقيل : إنه شرط ، فينتفي الإجزاء بانتفائه ، والأول أولى ؛ لأنه لا يعلم شيء من مسائل هذا الباب ، ومـا يقرب منه كالضـمان والهـدايا يجزئ الفقـير ولا يجزئ الغني .

فرع :

فإن عتق الرضـيع في كفارة واحدة ، فكبر أخـرس أو أصم أو مقعداً أو مطبقـاً ، فقال أصبغ في « العتـبية »[(١)]: ليس عليه البدل ، وكذلك لو ابتاعـه فكبر على هذا الاحتمال حدوثه ، وأما الأعجـمي ، والمراد به الكافر الذي ليس بكتابي ، فنص في « المدونة » على الإجزاء ، كما ذكرناه ، ففسره سحنون وابن اللباد وابن أبي زمنين وغيرهم بأن يكون دخل في الإسلام اعـتماداً على مـا وقع في النذور من قوله : (**والأعـجمي الـذي قد أجـاب**) واختصار ابن أبي زيد يخالف هؤلاء ؛ لأنه قال في اخـتصاره لما في الظهار : ويجزئ عتق الأعجمي الذي يجبر على الإسلام ،وإن لم يسلم ،وكذلك قال في «الموازية» ، وعلل ذلك بأنهم على دين من اشتراهم ،قال : وقال أشهب : لا يجزئ حتى يجيب إلى الإسلام .

وهل الخلاف في الصغيـر كالكبير ؟ أو إنما هذا الخلاف إنما هو في الكبير وأمـا الصغير يشتـري مفـرداً عن أبويه فلا خـلاف أنه يجزئ طريقـان ، وتعميم الخـلاف أولى ؛ لأنهم أشاروا إلى أن الخلاف في الإجزاء مبني على الخلاف في جبرهم ، وفي ذلك ثلاثة أقوال ، ثالثها : يجبر الصغار دون الكبار وعلى ما في « المدونة » ، فقال بعض أصحابنا: ينبغي أن يوقف عن امرأته حتى يسلم هذا الأعجـمي ، وإن مات قبل أن يسلم لم يجزه ، وقال ابن يونس[(٢)]: بل له وطء زوجته حين أعتقه ، ولو مات قبل أن يسلم أجزأه ؛ لأنه على هذا القول على دين من اشتراه ، ولما كان يجبر على الإسلام ولا يأباه في الغالب حمل عليه .

وَيُجْزِئُ الْمَغْصُوبِ

أي : يجزئ المظاهر أن يعتق عـبده المغصوب عن كفارته ، سواء قـدر على تخليصه أم لا ، لأن ملكه باقٍ عليه ، فقد أخرج رقبة من الرق .

ولا يُجْزِئُ الْمُنْقَطِعُ الْخَبَرَ

عدل المصنف عن أن يقول كـغيره : (الآبق المنقطع الخبر) إلى مـا ذكره ؛ لأنه يشمل

---

(١) « البيان والتحصيل » (٥/ ١٩٢) . (٢) «الجامع» (٤/ ٦٢١) .

الآبق وغيره ، فكان أكثر فائدة ، ولا يجزئ المنقطع الخبر ؛ لأنه لا يدري أموجود هو أم معدوم ، صحيح أم معيب ، وعدم الإجزاء مقيد بما إذا لم تعلم سلامته بعد ذلك ، نص عليه في « المدونة » آخر الضوال والإباق .

ومن عتق عبداً آبقاً عن ظهاره لم يجزه ؛ إذ لا يدري أحي هو أم ميت أم معيب أم سقيم ، إلا أن يعرف في الوقت موضعه وسلامته من العيوب ، فيجزئه ، أو يعلم ذلك بعد العتق فيجزيه وإن جهله أولاً ، انتهى .

واشترط ابن حبيب وغيره : أن تعلم سلامته .

وَيُجْزِئُ عِتْقُ الْمَرْهُونِ وَالْجَانِي إِنْ نفذ

لأن كل واحد من المرهون والجاني باقٍ على الملكية ، لكنه قد تعلق به حق الغير ، فإن أنفذ ذلك الغير العتق بأن أسقط حقه أو أعطى حقه نفذ العتق وأجزأه ، وهو معنى **(إِنْ نفذ)** ؛ أي معنى نفذ العتق وفي نسخة أخرى : (**إن فديا**) ؛ أي: استوفي المرتهن والمجني عليه حقه .

وَلا يُجْزِئُ مُكَاتَبٌ ، وَلا مُدَبَّرٌ ، وَلا مُعْتَقٌ إِلَى أَجَلٍ ، وَلا مُسْتَوْلَدَةٍ

هذا راجع إلى قوله : (**خالية من شوائب العتق**) وتصور كلامه ظاهر ، وينبغي أن يجري المكاتب إذا رضي هو وسيده بتعجيزه ، وفسخ الكتابة إذا لم يكن للمكاتب مال ظاهر ، فإن لهما التعجيز حينئذٍ على ظاهر « المدونة » ، قاله ابن عبد السلام .

فَلَوِ اشْتَرَى مُكَاتَباً أَوْ مُدَبَّراً فَأَعْتَقَهُ فَكَالْجَانِي

يعني : أن اشتراءه لهما يفسخ ما لم يتصل بعتق ، فهل يفسخ أيضاً ويرد العتق ؛ لأنه مرتب على ممنوع ، أو لا ويمضي العتق ويجزئ ؛ لأنا إنما نفسخه لتعلق حقه بالحرية ، وقد حصلت ناجزاً ؟ قولان .

وحكى اللخمي ثالثاً : أن عتقهما ماضٍ ولا يجزيان ؛ لأنه عتق مختلف فيه ، فيمضي ولا تبرأ الذمة بمختلف فيه ، وعلى هذا فيكون المصنف شبه المكاتب والمدبر على القول بالفسخ بما إذا لم يفتدِ الجاني ، وشبههما على القول بصحة عتقهما بما إذا افتديا .

وَلَوْ أَعْتَقَهُ عَلَى دِينَارٍ لَمْ يَجْزِه

لأنه عتق لم يخلُ عن شوائب العوض ، وهذا بشرط أن يكون الدينار في ذمة العبد ،

وأما إذا كـان في يده فيـجزيه ، قـال في « المدونة »[1] : إذ له انتـزاعه ، وتـقدير كـلام المصنف: ولو أعـتق السيـد عبـده عن ظهاره على أن يكون على العـبد دينار لم يـجزه ، ويحتمل أن يريد ما قاله في « المدونة » ، فيمن أعتق عبده عن رجل عن ظهاره على جعل جعله له ، قـال : فالولاء للمـعتق عنه ، وعليه الجـعل ، ولا يجزيه عن ظهـاره ، كمن اشترى رقبة بشـرط العتق ، فإن أراد هذا الوجه الأخير فما ذكـره فيه من عدم الإجزاء هو المشهور ، وحكى ابن القصار جوازه .

وَفي إجْزَاء مَـا عتَقَ عَنْهُ غَيْـرُهُ فَبَلَغَهُ فَـرَضِيَ بِهِ ، ثَالِثُهَا : إنْ أَذِنَ لَهُ أَجْـزَأَهُ لابْنِ الْقَاسِمِ وأَشْهَبَ وعَبْدِ الْمَلك ....

قد تقدم غير ما مرة أن قاعـدة المصنف أن يجعل صدر القول الثالث دليلاً على الأول ، وعجـزه دليلاً على الثـاني ، وقاعدته أيضـاً إذا ذكر أقوالاً وقـائلين أن يرد الأول للأول ، والثاني للثـاني ، وعلى هذا فيكون ابن القاسم هو القـائل - أى في « المدونة » - بالإجزاء مطلقاً ، وأشهب بنفيه مطلقاً ، وعبد الملك بالتفرقة ، إن أذن له أجزأه وإلا فلا ، وبنى ابن بشير الأولين على أن العـتق هل يفتقر إلى نية أو لا ، وتفرقـة عبد الملك ظاهرة ؛ لأنه إذا أذن له فالمعتق إنما عتقه عنه بطريق النيابة .

واحترز المصنف بقوله : (وَرَضِيَ بِهِ) لما لو لم يرضَ فإنه لا يجزيه باتفاق ، واختلف في محل هذه الأقوال ، فذهب اللخمي والأكثر إلى أن محلها إذا وجبت الكفارة بالوطء أو بالعودة ، وأما لو لم تجب فلا يجزئ العتق باتفاق ، وذهب أبو عمران إلى أن العتق يجزئ على قول ابن القاسـم ، وإن لم ينوِ العودة ، بناء على أن ابن القاسم لم يشتـرطها ، وقد قدمنا أنه قد أنكرت هذه النسبة لابن القاسم .

الصيَـامُ : وشَرْطُهُ : الْعَجْـزُ عَنِ الْعتْق وَقْتَ الأَدَاء ، وقيلَ : وَقْتَ الْوُجُـوبِ ، وإِنْ كَانَ مُحْتَاجاً إِلَى مَا بِيَدِه مِنْ عَبْدٍ أَوْ دَارٍ أَوْ غَيْرِهِمَا لِمَنْصِبِه أَوْ مَرَضِه أَوْ غَيْرِهِمَا

لما انقضى كـلامه على العتـق شرع في الصيـام ، ولا خلاف أن من شرطه العـجز عن العتق، وهل وقت الأداء - أى : إخراج الكفارة - وهو مذهب « المدونة » ، أو الوجوب - أى وقت العود - ما تقدم ، وهو ظاهر ما وقع لابن القاسم في « الموازية » ؛ لأنه قال في

(١) « المدونة » (٦/ ٧٦) .

المظاهر الموسر إذا لم يعتق حتى أعدم ، فصام ثم أيسر : أنه يعتق ، وجعله اللخمي خلافاً للأول ، كالمصنف على ظاهره .

وتأوله الباجي[١] على الاستحباب ، قال : لأن المؤدى لما عليه إنما ينظر لحاله يوم الأداء دون الوجوب كمن ضيع الصلاة ، وهو قادر على القيام فأراد أن يقضيها حال عجزه عنه ، فإنه يؤديها جالساً ثم لا يلزمه قضاؤها إن قدر على القيام ، أو فرط في الصلاة مع إمكان أدائها بالماء ، ثم قضاها بالتيمم لعدم الماء ، فإنه لا يلزمه قضاؤها ثانياً عند وجود الماء .

الباجي[٢] : ويحتمل أن يريد أنه لما وجب عليه العتق تعلقت الرقبة بذمته ، فلما أعسر قبل العتق أمر بالصيام ؛ لأنه أبلغ ما يمكنه ، بشرط إن أيسر بالرقبة التي تعلقت بذمته كان عليه إخراجها ، وحكم الأموال في ذلك غير حكم الأعمال ، والأول أظهر .

وقال بعض القرويين : إنما ذلك لمن وطئ فلزمته الكفارة بالعتق ليسره ، فلم يكفر حتى أعسر بصيام ، وأما إن لم يطأ حتى أعسر فصام ، ثم أيسر فلا يؤمر بالعتق .

وقوله : (**وإِنْ كَانَ**... إلخ) يعني: أنه إذا ملك رقبة لم يكن له الانتقال إلى الصوم وإن كان محتاجاً إلى ما بيده من عبد أو غيره لمرض أو منصب أو غيرهما .

فإن قيل : فما الفرق بين هذا وعادم الماء ، فإنه يجوز له أن يتيمم إذا كان محتاجاً لنفقة ما يشتريه به ، والله سبحانه لم يُجزِ التيمم إلا عند عدم الماء ، كما لم يُجزِ الصيام هنا إلا عند العجز عن العتق .

قيل : لأن المظاهر لما أدخل الظهار على نفسه شدد عليه ، ولأنه أتى بالمنكر والزور، ولتكرار الوضوء ، ولأن الحكم في الظهار معلق على عدم الوجود المطلق ، بخلافه في التيمم ، فإنه معلق على عدم الوجود المقيد ، وهو وجدان ماء لا حرج فيه ؛ لقوله تعالى في الآية : ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ﴾ [المائدة :٦] .

فَلَوْ شَرَعَ فِي الصَّوْمِ ثُمَّ أَيْسَرَ لَمْ يَلْزَمْهُ الْعِتْقُ ، وفِي الْيَوْمَيْنِ قَوْلانِ ، وفِيهَا : حَسَنٌ ولَيْسَ بِوَاجِبٍ كَمَا لَوْ صَامَ يَوْماً فِي الْحَجِّ ثُمَّ وَجَدَ هَدْياً

يعني : إذا صام لإعساره ثم أيسر ، فإن صام ما له قدر كالربع والثلث ونحوهما تمادى على صومه ولم يلزمه العتق ، وإن كان إنما صام اليومين ونحوهما ، فروى زياد بن جعفر

(١) « المنتقى » (٥/ ٢٥٤) .

(٢) « المنتقى » (٥/ ٢٥٤) .

عن مالك : يرجع إلى العتق ، وروى ابن عـبد الحكم : يتمادى ، وقال ابن شـعبان : إذا صام يوماً ثم أفـاد مالاً مضى ويجزيه العـتق أحب إليَّ ، وجعلوا هذا القول مـوافقاً لرواية ابن عبد الحكم ، والقولان يتـجاذبهما أصلان ؛ وهما : طروء الماء على المتيـمم بعد تلبسه بالصلاة ، وطروء الحيض على المعتدة بالأشهر ، والشـبه بالتيمم أقوى ؛ للاتفاق أن اليسر إذا حدث بعد صوم كثير أنه يتمادى ، ولو كان كالحيض لزم أن ينتقل إليه ولو بقى منه يوم واحـد ، وقـوله : (**وفِـيهَـا : حَسَنٌ ولَيْسَ بِوَاجِب**) أي: حـسن أن يرجع في اليـومين ونحوهما إلى العتق ، هكذا نص في « المدونة » ، ولعله أتى بما فيها استشهاداً للقول بعدم الرجوع إلى العتق ، ولا يقال إنما أتى بمذهب « المدونة »[1] ؛ لأنه مخالف للقولين ، لأن على رواية ابن عبـد الحكم يستحب أيضاً الرجـوع ، ألا ترى أنهم جعلوا قول ابن شـعبان موافقاً لرواية ابن عـبد الحكم ، وقد نص ابن شعبان على استحـباب الرجوع في اليوم إلى العتق كما تقدم .

أَمَّا لَوْ أَفْسَدَهُ بَعْدَ يُسْرِهِ وَجَبَ الْعِتْقُ

يعني : لو أفسد الصوم بعد أن أيسر وجب العتق .

ابن القـاسم : ولو لم يبق من صيامه إلا يوم واحد ، ووجهه: أن المعتبر في حال المكفر إنما هو يوم الأداء .

وَلَوْ ظَاهَرَ مِنْ أَمَةٍ لا يَمْلِكُ غَيْرَهَا أَجْزَأَتْهُ عَلَى الأَصَحِّ ؛ لأَنَّهُ لا يَنْتَقِلُ إِلَى الصَّوْمِ اتِّفَاقاً

تصور المسألة من كـلامه ظاهر ، والأصح مذهب « المدونة » ، وعليه فإن تزوجـها بعد العتق ، حلت له من غيـر كفارة ، ومقابل الأصح ليس بمنصوص ، وإنما خـرجه اللخمي على القول بأن من شرط الكفـارة أن تكون المرأة تستباح إصابتهـا ، وأن الكفارة تسقط عند بينونة المرأة منه ، قال : لأن عتقهـا خلاف العزم على الإصابة ، وأشار إلى أن الإجزاء إنما يأتي على القول بأن الكفارة لا تسـقط بإبانتها ، وقد تقدم أن بعضـهم أخذ من هذه المسألة أن ابن القاسم لا يشترط في وجوب الكفارة وجود العود ، والرد عليه ، وانظر كيف جعل اللخمي أن عـتق هذه الأمة إنما يجزئ على القـول بأن الكفارة لا تسقط بإبانتـها ، مع أنه مذهب « المدونة » ، وقد نص فيهـا على إجزاء العتق في هذه المسألة ، والظاهر أن العودة

(١) « المدونة » (٦/ ٧٧) .

بالعزم على الوطء والإمساك في هذه الأمة ؛ لأنه إذا عزم على وطئها وجبت عليه الكفارة، فإذا أعتقها زال عنه الظهار وحرم عليه فرجها إلا بتزويج ، وهكذا قال أبو عمران .

فـإن قـيل : كيف يختلف في إجزاء العتق ، مع أنه لا ينتـقل إلى الصوم بالاتفاق فيما يفعل على مقابل الأصح .

قيل : الأمة لا حق لها في الوطء ، فإن شاء السيد أمسكها ولا يستمتع بها حتى يوسر، وإن شاء باعها .

وَلَوْ تَكَلَّفَ الْمُعْسِرُ الْعِتْقَ جَازَ

أي : تداين واشترى رقبـة وأعتقها جاز ، ولو قال : أجـزأ ، لكان أحسن ، ومثل هذه المسألة إذا تكلف من فرضه التيمم الغسل ، أو تكلف من فرضه في الصلاة الجلوس القيام، وقد تقدم التنبيه على ذلك أول هذا الكتاب .

ومَنْ قَالَ : كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ إِلَى عَـشْرِ سِنِينَ حُرٌّ، فَطَالَبَتْهُ امْرَأَتُهُ فَفَـرْضُهُ الصَّوْمُ ، فَإِنْ لَمْ تُطَالِبْهُ صَبَرَ ....

لأنه إذا كـان يعتق علـيه كل من يملكه ، صـار عـاجزاً عن العـتق ، وهذا مـبني على المشهور من لزوم العـتق المعلق على الملك ، وأما على الشاذ فلا ؛ لأنـه لا تلزمه اليمين ، ولو قيل بلزوم العتق والصوم للاحتياط ما بَعُدَ .

وَالْعَبْدُ - كُلُّهُ أَوْ بَعْضُهُ - لا يَصِحُّ مِنْهُ الإِعْتَاقُ إِذْ لا وَلاءَ لَهُ

قـوله : (**أَوْ بَعْـضُهُ**) يحتمل أن يريد به المعتق بعضـه ، ويكون قصد التنبيه على أنه لا فرق فيـمن فيه بقيـة الرق أن يكون كاملاً أو مبعـضاً ، فيؤخذ من كـلامه الحكم في المدبر والمعتق إلى أجل بالالتـزام ، ويحتمل أن يريد كل مـن فيه شائبـة الحرية ، فيـدخل المعتق بعضه والمكاتب والمدبر والمعتق إلى أجل ، ويؤيد الأول اصطلاح الفقهاء ، ويؤيد الثاني أن كلا من هؤلاء لا ولاء له ، والأول أظهر .

وفيهَـا : وفَرْضُهُ الصَّوْمُ إِنْ قَوِيَ عَلَيْـهِ وإِلا فَالإِطْعَامُ إِنْ أَذِنَ لَهُ السَّيِّدُ عَلَى الْمَـشْهُورِ ، وإِلا انْتَظَرَ

قوله : (**إِنْ قَوِيَ عَلَيْه**) أي: من غير مضرة تلحق السيد ، وأما مع المضرة فسيأتي .

وقوله : (**وإِلا فَالإِطْعَامُ**) أي: لم يقوَ على الصوم ، فإنه يطعم إن أذن له السيد على

المشهور ، وقال عـبد الملك : لا يجزئه الإطعام ، ولو أذن له السيد ؛ لأن لـلسيد الرجوع قبل أن يصرفه للمساكين ، وفيه بُعد ؛ لأن العـبد مالك حتى ينتزعه السيد ، ولو سلمنا أنه ملك مـترقب ، لـم يكن للسيـد الرجـوع بعد الإذن ؛ لمـا تعلق للعـبد من الحق ، قـاله اللخمي.

وَفِي جوَازِ مَنْعِ السَّيِّدِ لَهُ الصَّوْمَ - إِنْ أَضَرَّ بِخدْمَته - ثَالِثُهَا : إِنْ أَدَّى خَرَاجَهُ لَمْ يَمْنَعْهُ

القول بالمنع لابن القاسم ، ورواه عن مالك في « الموازية » ، ومقابله لابن الماجشون ، وأصبغ ، ومحـمد بن دينار بناء على أن العبد لما أدخل الظهـار على نفسه ، لم يكن له أن يضر بسيده ، وأن السيد لما أذن له في النكاح فقد أذن له في توابعه .

البـاجي[1] : وعلى المنع ففي «كتاب ابن سحنون» عن مالك : إن كان يؤدي الخراج لم يكن له منعه ، فمقتضاه أنه تقييد للقول بالمنع .

وكذلك قال في « الجواهر »[2] ، وهو خلاف لحمل المصنف الثالث على أنه خلاف ، والله أعلم .

وَفِيهَا : أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَصُومَ وإِنْ أَذنَ لَهُ فِي الإِطْعَام فَحُملَ عَلَى مَا إِذَا مَنَعَهُ منَ الصِّيَامِ ، وقِيلَ : عَلَى الْعَاجِزِ نَاجِزاً فَقَطْ ، وقِيلَ : أَحَبُّ إِلَيَّ - لِلسَّيِّدِ - ألا يَمْنَعَ عبده مِنْ الصَّوْمِ ....

ابن القاسم : في « المدونة »[3] بإثر ما حكاه المصنف عنها : بل الصيام هو الذي فرض الله ، وليس يطعم أحد يسـتطيعه ، وظاهر كـلام ابن القاسم أنه حمل جـواب مالك على الوهم ، وصرح في ذلك في « المبسوط » ، فقال : لا أدري ما هذا ، ولا أرى جوابه فيها إلا وهماً ، ولعل جوابه في كفارة اليمين بالله .

وإلى مثل قول ابن القاسم نحا سحنون ؛ لأنه طرح هذا الكلام ، وذهب الأكثرون إلى تأويله ، وذكر المصنف ثلاثة تأويلات :

الأول لعـياض : إن (أحب) باقية على بابها من ترجيح أحد الأمرين ، وكلامه محمول على ما إذا منعه السيد من الصوم لأجل أنه يضر به في خدمته ، والعبد قادر عليه ، قال :

---

(١) « المنتقى » (٥/ ٢٥٤) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٥٥٣) .

(٣) « المدونة » (٦/ ٧٧) .

وهو قول محمد ، فإنه قال : إذا أذن له سـيده في الإطعام ومنعه الصوم أجزأه ، وأصوب أن يُكفِّر ، وهو مثل قوله في الكتاب في كفارة اليمين : إذا أذن له سيده أن يطعم أو يكسو يجزئ وفي قلـبي منه شيء ؛ والصيام أبين عنـدي ، فلم يرَ مالك الإطعام والكـسوة ملكاً مقرراً .

الثاني للأبهري : حمل قوله : (**الصوم أحب إليّ**) على ما إذا كان عاجزاً في الحال ، قادراً على الصيام في الاسـتقبال ، فأذن له السيد في الإطعام ، فـأحب إليّ أن يصبر حتى يكفر بالصوم ، واعـترضه ابن محرز فإنه إذا كان مـستطيعاً للصوم في الاستـقبال لزمه أن يؤخر ، وإن كان لا يستطيع فلا يؤخر .

ابن بشير : وإنما بنى ابن محرز ذلك على قول ابن القاسم ، الذي يقول : إذا عجز عن الصوم ناجزاً وهو يقـدر عليه فيما بعـد ، أنه يلزمه التأخير ، وأمـا على قول من يقول لا يلزمه التأخير ، فيصح هذا الاعتذار .

التأويل الثالث للقاضي أبي إسحاق : وأن قوله : (**أحب**) يرجع إلى السيد ؛ أى: أن إذن السيد في الصيام أحب إليَّ من إذنه في الإطعام .

ابن عبـد السلام : وإلى هذا مال الأكثر ، ووجهه: أنه لما اختلف قول مالك هل للسيد منعه من الصـوم إن أضر به أم لا ؟ استـحب الأخذ بأحـوطها ، وهو الصيـام ، وقال أبو عمران : إن (أحب) هنا على الوجوب .

وفِيهَا : قَالَ : وإِنْ أَذِنَ لَهُ أَنْ يُطْعِمَ فِي الْيَمِينِ بِاللَّهِ أَجْزَأَهُ ، وفِي قَلْبِي مِنْهُ شَيْءٌ

لعله ذكر هذه المسألة استشهاداً للشاذ في أنه لا يجزئه الإطعام ، وإن أذن له فيه سيده ، وقال ابن عبـد السلام : ذكرها بإثر السابقـة ، وكذلك هي في « المدونة » ، كالمسـتدل بها على صحة التأويل الأول ؛ لأنه لا يشك أن الشيء الذي في قلـب الإمام من جهة الإطعام ، إنما هو عدم صحة ملك العبد أو الشك في ذلك .

وهُوَ : شَهْرَانِ مُـتَتَابِعَانِ بِالأَهِلَّةِ ، وإِنِ انْكَسَرَ تَمَّمَ الْمُنْكَسِـرَ ثَلاثِينَ مِنَ الثَّالِثِ ، وسَوَاءٌ الْحُرُّ والْعَبْدُ ....

كونه شـهرين مـتتابعـين هو نص الآية ، وإن صام بغيـر الهلال تمم المنكسـر ثلاثين من الشهر الثالث ، ويصوم الشهـر الثاني بالهلال ، ويمكن تخريج الخلاف مما ذكره المصنف في

العدد ، وهو قوله : (فَإِنِ انْكَسَرَ) الأول تممه ثلاثين من الرابع ، وقوله : (وسَوَاءٌ الْحرُّ والْعَبْدُ) ظاهر .

وتَجِبُ نِيَّةُ الكَفَّارَةِ ونِيَّةُ التَّتَابُعِ

لأن الكفارة والتتابع واجبان ، والواجب لابد له من نية ، وقد تقدم للمصنف ما يدل على الخلاف في وجوب النية للكفارة في الزكاة .

وإِذَا انْقَطَعَ التَّتَابُعُ اسْتَأْنَفَ

لأن الله تعالى اشترط التتابع ؛ لقوله : ﴿ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ﴾ [المجادلة:٤] ، ثم أخذ المصنف في بيان ما يقطع التتابع ، فقال :

ويَنْقَطِعُ التَّتَابُعُ ويَبْطُلُ مُتَقَدِّمُ الإِطْعَامِ عَلَى الْمَشْهُورِ - ولَوْ بَقِيَ مِسْكِينٌ - بِوَطْءِ الْمُظَاهِرِ مِنْهَا ولَوْ لَيْلاً - نَاسِياً أَوْ غَالِطاً - بِخِلافِ غَيْرِهَا لَيْلاً فِي الصِّيَامِ ، ولَيْلاً ونَهَاراً فِي الإِطْعَامِ....

نوع رحمه الله العبارة في الصيام : (ويَنْقَطِعُ) تتابعه ، وفي الإطعام : (يَبْطُلُ) ؛ لأن الإطعام لا يوصف بالتتابع ، وقوله : (بِوَطْءِ الْمُظَاهِرِ مِنْهَا) متعلق بـ(ينقطع) ؛ يعني أن التتابع ينقطع بوطء المظاهر منها ، وكذلك يبطل متقدم الإطعام على المشهور بوطء المظاهر منها ، فقوله : (عَلَى الْمَشْهُورِ) راجع إلى الإطعام فقط ، وأما الصوم فلا يبطل باتفاق .

وقوله : (ولَوْ بَقِيَ مِسْكِينٌ) مبالغة على المشهور ؛ أي: يبطل ما تقدم من الإطعام على المشهور ولو لم يبق عليه إلا مسكين ، وهذه النسخة أحسن مما وقع في بعضها من تقديم قوله : (ولَوْ بَقِيَ مِسْكِينٌ) على قوله : (عَلَى الْمَشْهُورِ) ؛ لإيهامه حينئذ أن الشاذ إنما يخالف فيما إذا لم يبقَ إلا مسكين واحد ، وليس كذلك ، وليس الشاذ هذا ؛ لأن ابن الماجشون يرى أن الوطء لا يبطل الإطعام المتقدم مطلقاً ، قال : وأحب إليَّ أن يستأنف ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾ في العتق والصيام ، ولم يقله في الإطعام ، وقيد في المشهور الإطعام بأن يكون قبل المماسة ، كالأولين .

وفي الشاذ نظر ؛ لأنه يلزم عليه حليَّة وطء المظاهر قبل الإطعام إذا كان هو الكفارة ، ولا يحل ذلك بالإجماع ، نقله بعض الأئمة ، وقوله : (ولَوْ لَيْلاً نَاسِياً) يعني: أنه يبطل الصوم بوطء المظاهر منها ، ولو ليلاً ناسياً أو غالطاً ؛ لأن الله تعالى اشترط في الكفارة أن

تكون قبل المماسة ، ونبه بذلك على خلاف الشافعية في قولهم : إن وطء المظاهر منها ليلاً لا يبطل ما تقدم من الصيام ، فإن قيل : الحكم ببطلان الصوم والإطعام بالوطء مشكل ؛ لأن سبقية بعض الكفارة على الوطء أولى من تأخير جميعها عنه ، وقد قلتم بالإجزاء لو تقدم الوطء على الجميع ، فالجواب أن المماسة المطلوب تقديم الكفارة عليها هي المماسة المباحة ؛ لأن تقدير الآية : فصيام شهرين متتابعين من قبل أن تباح له المماسة ، والمماسة الواقعة في خلال الكفارة ليست بمباحة ، فاستؤنفت كفارة أخرى لتحصل كفارة مستأنفة سابقة على مماسة مباحة .

فرع :

واختلف إذا قبَّل المظاهر بإثرها في أثناء الكفارة ، وقد تقدم ذلك ، وقوله : (**بِخِلافِ وطءِ غَيْرِهَا لَيْلاً فِي الصِّيَامِ**) أي: فلا يبطل الصيام لصحته ليلاً أو نهاراً في الإطعام ؛ لأن عدم المماسة مشروط في حق المظاهر منها فقط ، والله أعلم .

وَما يُجْزِئُ عَنْ ظِهَارِهِنَّ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ فِي حُكْمِ الْوَاحِدَةِ ، ولَوْ عَيَّنَهَا لَمْ تَتَعَيَّنْ

أي : إذا ظاهر من أربعٍ بكلمة واحدة ، وقلنا : إنه تجزئ كفارة واحدة ، فإنه يبطل متقدم الصيام والإطعام بوطء إحداهن ، ولو حين الكفارة لغيرها ؛ لأن الكفارة لما كانت تجزئ على الجميع لم تتعين ، وقوله : (**فِي حُكْمِ الْوَاحِدَةِ**) فيه حذف الموصوف ؛ أي حكم المرأة الواحدة ، وقوله : (**ولَوْ عَيَّنَهَا**) أي: عين المرأة أو الكفارة .

وَبِفِطْرِ السَّفَرِ بِخِلافِ الْمَرَضِ والْحَيْضِ ، إذَا قَضَى قَضَى مُتَتَابِعاً

هذا معطوف على وطء تقديره : وينقطع التتابع بوطء المظاهر منها ، وبفطر السفر ؛ لأنه سبب اختياري غالباً بخلاف المرض ، فإنه لا يقطع التتابع ؛ لأنه غير اختياري ، ثم إذا قلنا بعدم قطعه يقضي ما أفطر متصلاً بصومه ، وإن لم يتابعه ابتداء ، وهو معنى قوله : (**وإِذَا قَضَى قَضَى مُتَتَابِعاً**) وليس كقضاء رمضان ، واستشكل ذكر المصنف الحيض هنا ؛ لأن صوم الظهار إنما يخاطب به الرجل ، وأجيب بأن المصنف قصد أن يذكر ما يقطع التتابع ، وما لا يقطعه من حيث الجملة ، وقوله : (**والْحَيْضِ**) يعني: فيمن قتلت خطأ وصامت .

وَالْمَرَضُ يُهَيِّجُهُ السَّفَرُ كَالسَّفَرِ

يعني : إذا حصل له مرض بسبب سفر ، فإنه يقطع التتابع بمنزلة السفر ، وهذا هو المشهور ، وقال سحنون : يجزئه البناء وإن هيج عليه السفر المرض ؛ لأن السفر مباح ، وقال محمد : إن أفطر في السفر ابتداءً استأنف ، وإن مرض بنى .

وفِي الْخَطَأِ والسَّهْوِ ثَالِثُهَا : يَنْقَطِعُ بِالْخَطَأِ ، والْمَشْهُورُ : لا يَنْقَطِعُ ولَوْ بِوَطْءِ غَيْرِهَا ، ويَقْضِيهِ مُتَّصِلاً ....

يعني : أنه اختلف ، هل ينقطع التتابع بالفطر سهواً ، كمن أفطر في يوم ناسياً أو أخطأ كمن صام تسعة وخمسين ثم أصبح مفطراً ، معتقداً أنه كمل الصوم ، وكمن اعتقد أن الشمس غربت فأكل ، أو الفجر لم يطلع فأكل ، ثم تبين له خلاف ما اعتقده على ثلاثة أقوال :

والأول : ينقطع في السهو والخطأ ، وهو لمالك في « الموازية » نص فيها على القطع بالفطر ناسياً .

اللخمي : وغيره : وعليه فينقطع بالفطر خطأ .

وفي « البيان »[1] : مشهور المذهب أنه لا يعذر بالنسيان في كفارة القتل والظهار .

والقول الثاني : أنه لا ينقطع بهما ، قال المصنف : **(وهو المشهور)** ، وإنما عزاه اللخمي وصاحب «البيان» وغيرهما لابن عبد الحكم ، وقوله : **(ولَوْ بِوَطْءِ غَيْرِهَا)** إذا عذر في الوطء فأحرى في الأكل والشرب .

والقول الثالث : أنه لا ينقطع بالسهو ؛ لأنه يعرض في كل جزء الصوم فيعسر التحرز منه بخلاف الخطأ ، وبعضهم يرى هذا الثالث ظاهر « المدونة » ، ذكره فيها إذا أصبح مفطراً بعد تسعة وخمسين يوماً معتقداً التمام .

وقوله : **(ويَقْضِيهِ مُتَّصِلاً)** أي : إذا فرعنا على عدم القطع وهو ظاهر .

وَلَوْ أَفْطَرَ ثَانِياً مُتَعَمِّداً انْقَطَعَ

ولو أفطر ثانياً متعمداً في يوم إفطاره سهواً أو خطأ ، انقطع التتابع ؛ لأنه لما عذر

---

(١) « البيان والتحصيل » (٥/ ١٩٤) .

بالنسيان صار وجود ذلك الأكل كعدمه ، فصار فطره ثانياً كفطره أولاً متعمداً ، هكذا مشّى ابن راشد هذا المحل ، ويحتمل لو أفطر في قضاء ما أفسده من صيام التتابع متعمداً فإنه يبطل صومه من أصله ؛ إذ يلزمه في القضاء ما يلزمه في الأداء ، والتمشيتان صحيحتان .

بخلاف أوَّل يَوْم فَإِنَّهُ لا يَحْرُمُ فِطْرُهُ ثَانِياً كَقَضَاءِ رَمَضَانَ ، بِخِلاف رَمَضَانَ والنَّذْرِ الْمُعَيَّنِ ، وصَوْمِ التَّطَوُّعِ ....

أي : في بقية اليوم ؛ لأنه لا حرمة للزمان ، ولا يفسد بفطره ثانياً كقضاء رمضان ، بخلاف رمضان والنذر المعين ، وصوم التطوع صحيحاً ، وإنما دخل على أنه واجب ، فتبين أنه غير واجب ، وقضاء رمضان مشارك له في هذا المعنى .

وقوله : (**لا يَحْرُمُ**) وقع في بعض الروايات (**ويكره**) وهو ظاهر ؛ لأنه دخل بنية القربة ، فاستحب له إتمامها ، بخلاف رمضان والنذر المعين وصوم التطوع ، فإنه يحرم الفطر في الثلاثة ، إذا أفطر أولاً ناسياً ، أما الأولان فلتعين زمانهما ، وأما الثالث ، فلأن الفطر على سبيل النسيان ، لما كان لا يفسده ، صار فطره ثانياً عمداً كفطره أولاً .

وَيَنْقَطِعُ بِالْعَمْدِ ، وفِي الْجهلِ : قَوْلانِ

هكذا في بعض النسخ (بالعمد) وهو بيّن ، وفي بعضها (بالعيد) ، فيحمل كلامه على إذا ما إذا ابتدأ في شهر العيد عالماً به ، وأما الجاهل فقد أشار إليه بقوله : (وفي الجاهل) قولان ، قال في « المدونة » [(١)]: وإذا صام ذا القعدة وذا الحجة لظهار عليه ، أو قتل نفساً خطأً لم يجزه إلا من فعله بجهالة ، وظن أنه يجزئه ، فعسى أن يجزيه ، وما هو بالبين ، وأحب إليَّ أن يبتدئ ، ونحوه لابن وهب إن كان عالماً ابتدأ ، وإن كان جاهلاً فلا شيء عليه ، وقال أشهب وسحنون : لا يجزئه .

عياض : هل الجهالة التي عذره بها في « المدونة » الجهالة بالحكم ، أو الجهالة بالعدد وتعين الشهر ، وغفلته أن فيه فطر ، فيكون كالناسي ؟ وأشار إلى أن في « المبسوط » و« المدونة » ما يبين أن المراد الثاني لأجل الحكم ، واختلف في تأويل «المدونة» من الإجزاء فقال أبو محمد : يريد : ويقضي أيام النحر التي أفطر فيها وفصلها ، وقال غيره : لا

---

(١) « تهذيب المدونة » (١/٣٦٣) .

يجزئ إلا أن يفطر يوم النحــر خاصة ، ويصوم أيام التشــريق ، وروى نحوه عن مالك ابن يونس ، وهو أصوب .

ابن القــصــار : لأن صوم هذه الأيام إنما هو على الكراهة ، وقــال ابن الكاتب : معنى مسألة «المـدونة» أنه صام يوم النحر وأيام التشــريق ، ويقضيهــا ويبني ، وأما لو أفطرها لم يجزه البناء ؛ لأنه صوم غير متوالٍ ، بخلاف إذا لم يأكل فــيها ونوى صيامها ، وإن كانت لا تجزئه .

ابن يونس[١] : وهو أضعفها .

ابن عبد السلام : ولا يحتمل كلام المصنف هذا القول الثالث بخلاف الأولين .

ابن حبيب : وإن صام شعبان عن ظهاره ثم صام رمضان لفطره ، ثم أكمل ظهاره بشوال أجزأه .

ابــن يــونــس : يحتمل أن يكون وفاقــاً لقول مالك فيمن جهل فصام القــعدة وذا الحجة لظهار عــسى أن يجزيه ، وقال بعــض شيوخنا : لا يجــزيه ؛ لأنه تفريق كثــير ، والأول أولى؛ لأن الجهل عذر كالمرض في غير وجه .

وَلَوْ صَامَ شَعْبَانَ وَرَمَضَانَ لِكَفَّارَتِهِ وَفَرِيضَةً لَقَضَى ثَلاثَةَ أَشْهُرٍ

يعــني : قضاء رمضان واستئناف الكفارة ، أما رمضان فلتشريكه فيه ، ويلزم من بطلان رمضــان بطلان شعــبان ، قــال في « المدونة »[٢] : ومن صام شــعبان ورمــضان ينويهــما لظهاره، ويريد أن يقضي رمــضان في أيام أخر ، لم يجزه لفرضــه ولا لظهاره ، واختلف هل يدخلها الخــلاف المذكور في مســألة من صام رمضان قضاء عن رمضــان آخر فتــجزئه الكفارة منها على رواية من روى هناك إجزاءه ، وعليه قضاء الآخِر (بكسر الخاء) ، فيقضي هنا رمضان فقط ، وعلى رواية من روى هناك الآخَــر (بفتح الخاء) ، يجزئه هنا الصوم عن رمضان وحده ، وإليه ذهب بعضــهم ، أو لا يدخله الخلاف ؛ لأن ما بين الكفارة ورمضان أشد مما بين رمضان ورمضان آخر ، وإليه ذهب صاحب « النكت »[٣] .

---

(١) «الجامع» (٤/ ٦٢٢) .

(٢) « تهذيب المدونة » (١/ ٣٦٣) .

(٣) « النكت والفروق » (١/ ٢٦٨) .

وعلى القطع بالنسيـان لَوْ صَامَ أَرْبَعَةً عَنْ ظِهَارَيْن ، ثُمَّ ذَكَـرَ يَوْمَيْنِ مُجْتَـمِعَيْنِ لا يَدْرِي مَوْضِعَهُمَا فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : يَصُومُ يَوْمَيْنِ يَصِلُهُمَا ثُمَّ يَقْضِي شَهْرَيْنِ ، وقَالَ سَحْنُونُ : يَوْماً وشَهْرَيْنِ ....

يعـني : إذا فرعنا على أن النسيان يقطع التتابع ، لو ذكر أنه أفطر يومين مجتمعين ناسياً لا يدري موضعهما ، هل هما من الأولى أو من الثانية ، أو أحدهما آخر الأولى ، والثاني أول الثـانية ، فـقال ابن القـاسم : يصوم يومـين يصلهمـا ، ثم يقضي شـهرين ، وقـال سحنون: لاحتـمال أن يكونا من الأخيرة ، فـلا ينتقل عنها ، وهو قادر علـى تمامها ، ثم يقضي شهرين لاحتمـال أن يكونا من الأولى ، أو أحدهما من الأولى والآخر من الثانية ، ورأى سحنون أنهما إن كانا من الأولى فقد صحت الثانية ، وإن كانا من الثانية فقد صحت الأولى ، وعلى هذين الاحتمالين يبدأ بالشهرين اللذين أمر بإتيانهما ، ولم يبقَ إلا احتمال واحد ، وهو أن يكمل كل يوم من واحد ، فيصوم يوماً ثم يقضي شهرين .

فَلَوْ عَلِمَ أَنَّهُمَا مِنْ أَحَدِهِمَا ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : مِثْلُهَا ، وقَالَ سَحْنُونُ : يَصُومُ شَهْرَيْنِ ، وهُمَا عَلَى الْخِلافِ فِيمَنْ ذَكَرَ سَجْدَةً مِنْ إِحْدَى رَكْعَتَيْنِ ....

فوجـه قول ابن القـاسم كمـا تقدم ، وأمـا سحنون: فـهو إنما أمره باليـوم في الأولى لاحتمال الثالث ، وهو منتفٍ هنا ، وقوله : (**وهُمَا عَلَى الْخِلافِ**) هو إشارة إلى تنظير المسألة بمسألة قد قـدمها في سجود السهو ، وهو ما إذا ذكـر في آخر صلاته سجدة ، ولا يدري من أى الركعات هي ، فقال ابن القاسم : يسـجد الآن سجدة لاحتمال أن تكون من الأخيرة ، ثم يأتي بركعة لاحتمال أن تكون من غيرها ، وقال أشهب وأصبغ : يأتي بركعة فقط ، والمصنف وإن لم يقدم عن سـحنون في مسألة الصلاة شيئـاً ، لكن كلامه هنا يدل على أن سحنون موافق لأصبغ ، وهذا إن ثبـت النقل فواضح ، وإن كان المصنف أخذ من قول سحنون أنه موافق لأصبغ في الصلاة ، وقد يفرق بينهـما بقوة حرمة الصلاة ، فيجوز أن يوافق هناك على الإتيان بالسجدة ، ولتأكيد حرمة الصلاة أنه لو افتتح الصلاة بالتيمم ، ثم طرأ عليه الماء لـم يجز له القطع ، بخلاف من شـرع في الصوم هنا ، ثم أيسـر ، فإنه يجوز له الانتقال إلى العتق ، والله أعلم .

فَإِنْ لَمْ يَدْرِ اجْتِمَاعَهُمَا فَأَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ ، وفِي الْيَوْمَيْنِ الْقَوْلانِ

تصوره لا يخـفي عليك ، لكن إنما يحتاج إلى الأربعـة أشهر على قـول سحنون ، إذا شك في أمسه هل هو من اليـومين ، وأما إن تحقق أن اليومين سابقان على ذلك فـيستحب بالعدد الذي صامه ، ولم يتخلله فطر ، والله أعلم .

تنبيه :

كلام ابن القـاسم وسحنون هنا مبني علـى أن بدء النسيان يقطع ، وهو دليل لما شـهره صاحب « البيان »[1] من أن النسيان يقطع ؛ لأنه قل أن يخالف المشهور ، والله أعلم .

وترك المصنف التفريع على القول بأن النسيان لا يقطع لوضوحه ؛ لأنا إذا بنينا عليه يأتي بما نسيه فقط ، واختلف عليه لو ذكر يومين مـثلاً من الأولى في أثناء الثانية ، فقيل : يتم الثانية ، ثم يصومها ؛ لأنه معذور ، بما تشبث به من صيام الكفارة التي هو فيها ، وقضاء الكفارة الأولى على الخلاف فـيمن ذكر صلاة في صلاة ، هل تفـسد الأولى ، وقد ذهب بعض المتأخرين إلى أنه يجوز له أن يقضي اليـومين في أثناء الكفارة ، ويبني على صيامه ، ولا يعد بذلك مفرقـاً لصيامه ؛ إذ لم يتخلله فطر ، على ما قال ابن حـبيب ، فيمن صام شعبان وشوال ، ولا يضره ما تخلل من صوم رمضان .

الإِطْعَـامُ : وشَرْطُهُ الـعَجْـزُ عَنِ الصِّـيَامِ فَـيُـعْـتَـبَـرُ مَا تَقَـدَّمَ ، فَلَوْ غَلَـبَ ظَنٌّ قُـدْرَته فِي الْمُسْتَقْبَلِ، فَفِي وُجُوبِ التَّأْخِيرِ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وأَشْهَبَ ....

قوله : (**وشَرْطُهُ الْعَجْزُ عَنِ الصِّيَامِ**) هو نص الآية الكريمة ، وقوله : (**فَيُعْتَبَرُ مَا تَقَدَّمَ**) أي : هل يعتبر العجز يوم الأداء أو يوم الوجوب ؟

قوله : (**فَلَوْ غَلَبَ**... إلخ) فلو عجز في الحال عن الصيام ، إما لمرض أو حد وغلب على ظنه أنه سيقدر عليه في المستقبل ، فـهل يجب عليه التأخير ؟ قولان ، وفهم من قوله (**فلو غلب على ظنه**) أنه لو آيس من القدرة على الصيام لأطعم اتفاقاً ، وهو صحيح .

اللخمي : وينتظر إذا رجا الصحة بالقرب ، واختلف إذا رجا ذلك بعد طول ، وقوله : (ظن قدرته) يقتضي أنه لو شك لأطعم ، ويتبين لك ما في هذا بسياق مسألتي « المدونة »، وذكر بعض من تكلم عليها .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٥/ ١٩٤) .

فالأولى : قال ابن القاسم : ومن صام عن ظهاره شهراً ثم مرض وهو لا يجد رقبة ، لم يكن عليه أن يطعم ، وإن تمادى به المرض أربعة أشهر لم يدخل عليه الإيلاء ؛ لأنه غير مضارٍّ ، وينتظر إفاقته ، فإن صح صام ، إلا أن يعلم أن ذلك المرض لا يقوى صاحبه على الصيام بعده ، فيصير حينئذٍ من أهل الإطعام ، وقال أشهب : إذا مرض صار من أهل الإطعام .

والثانية : ومن تظاهر وهو مريض مثل الأمراض التي يصح من أمثالها الناس ، فلينتظر حتى يصح ثم يصوم ، إذا كان لا يجد رقبة وكل مرض يطول بصاحبه ، ولا يدري أيبرأ منه أم لا ، ولعله يحتاج إلى أهله ، فليطعم ، وليصب أهله ، ثم إن صح أجزأه ذلك الإطعام ؛ لأن مرضه كان إياساً ، وقال أشهب : إذا طال مرضه وإن وجد برأه ، وقد احتاج إلى أهله ، فليطعم بظهار الأولى ، إن ظن القدرة في المستقبل ، والتردد في ذلك يمنع الإطعام عند ابن القاسم ، ولا يمنع عند أشهب ، وظاهر الثانية أن التردد لا يمنع من الإطعام عند ابن القاسم ؛ لقوله : ولا يدري أيبرأ منه أم لا ؟ واختلف القرويون هل الثانية مخالفة للأولى أم لا ؟ والقائلون بأنها ليست خلافاً للأولى ، فرقوا بينهما بأن المكفر في الأولى دخل في الصيام ، وفي الثانية لم يدخل ، وللدخول في العمل تأثير في التمادي ، وإلى هذا ذهب ابن شبلون ، وبعض من ذهب إلى حمل المسألة على الخلاف ، قال : يتحصل في المسألة أربعة أقوال :

الأول : إذا أخذه المرض ، انتقل إلى الإطعام ، وهو قول أشهب في الأولى .

والثاني : لا ينتقل حتى يعلم صاحب ذلك المرض أنه لا يقدر على الصوم ، وإن أفاق، وهو قول ابن القاسم في الأولى .

الثالث : إن طال مرضه انتقل ، وهو قول أشهب في الثانية .

الرابع : أنه لا ينتقل حتى يشك هل يبرأ أم لا ، وهو قول ابن القاسم في الثانية ، ويمكن الجمع بين المسألتين على غير الوجه المتقدم ، ولنتركه خشية الإطالة ، واستحسن قول أشهب لأنه أسعد بظاهر قوله تعالى : ﴿ فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ ﴾ لأنه يصدق على المريض أنه غير مستطيع ، وقياساً على وجود الرقبة في الحال ، ولو روعي حال المستقبل لزم ألا يكفر أحد بالصيام ؛ لأنه ما من أحد إلا وهو يرجو أن يملك رقبة أو ما يساويها في المستقبل .

وَعَدَدُ سِتِّينَ مِسكِينا أَحْرَارا مُسْلِمِينَ مُرَاعًى

أي : واجب ، وتصوره ظاهر .

لِكُلِّ مِسْكِين مُدٌّ بِمُدِّ هِشَام ، وَمُدُّ هِشَامٍ : مُدٌّ وَثُلُثَانِ عَلَى الْـمَشْهُورِ فِيهِمَا ، وَقِيلَ : مُدٌّ وَثُلُثٌ ، وَقِيلَ : مُدَّانِ ، وقِيلَ : بِمُدِّ الْيَمِين ....

قوله : (**فِيهِمَا**) ؛ أي: في كونهما بمد هشام ، وكون مد هشام مداً وثلثين ، ومقابل المشهور في مقدار مد هشام هو قوله : (**وَقِيلَ : مُدٌّ وَثُلُثٌ ، وَقِيلَ : مُدَّان**) .

ابن بشير : وقيل: مد ونصف ، واعلم أن من ذهب إلى أنها بمد اليمين اختلفوا ، فقال بعضهم : بمد واحد ، وأنكر أن يكون بمد هشام لفظاً ومعنى ، وقال : متى كان هشام يعتبر مده ، وبعضهم أنكره لفظاً فقط ، وقال : بل يقال : يطعم مداً وثلثين بمده ﷺ ، وروى مطرف عن مالك : لكل مسكين مدان بمده ﷺ ، وإنما قلنا: على المشهور أنه لا يكتفي هنا إلا بمد وثلثين ؛ لأنها مطلقة في القرآن لم تقيد بالوسط ككفارة اليمين بالله تعالى فحملت على الشفع الكامل ، كفدية الأداء ، واستصوب الباجي القول بأن مد هشام مدان ، قال : وهي رواية البغداديين عن معن بن عيسى ، وهو الصحيح ؛ لأن معن مدنى، وهو أعلم بذلك لطول مقامه بالمدينة ، وقد شاهدت بالمدينة هذا المد ، وحققته فوجدته كما قال مدين .

فَلَوْ أَطْعَمَ مِائَةً وعِشْرِينَ نِصْفاً كَمَّلَ لِسِتِّينَ مِنْهُمْ وَإِلا اسْتَأْنَفَ

تصوره ظاهر .

اللخـــمي : وإذا كان الطعام قائماً بأيديهم ، وعلى أنه كفارة عن ظهار انتزع من ستين منهم ، وأكمل الستين ، والانتزاع بالقرعة ؛ لأنه ليس أحدهم أحق بالانتزاع من الآخر ، ومن فوت الطعام لم يرجع عليه بشيء ، واختلف شارحو «المدونة» ، هل من شرط التكميل بقاء النصف المأخوذ أم لا ؟

وقوله : (**وَإِلا اسْتَأْنَفَ**) أي : وإن لم يمكن التكميل ستين ، فإنه يستأنف الكفارة .

وَإِذَا كَفَّرَ عَنْ يَمِين ثَانِيَة فَلَمْ يَجِدْ إِلا مَسَاكِينَ الأُولَى ، فَفِيهَا : لا يُعْجِبُنِي أَنْ يُطْعِمَهُمْ كَانَتْ مِثْلَهَا أَوْ مُخَالِفَتَهَا ؛ كَالظِّهَارِ وَالْيَمِينِ بِاللَّهِ تَعَالَى ، إِلا أَنْ يُحْدِثَ الثَّانِيَةَ بَعْدَ التَّكْفِير ....

(لا يُعْجِبُنِي) محمول على الكراهة ، وهي غاية ما يمكن هنا ، ولهذا قال محمد عن ابن القاسم : فإن فعل أجزأه ، وفي «الأسدية» الجواز .

ابن عـبد السـلام : وهو أظهر ، وإن كان بعـضهم لم يعده خلافـاً « للمدونة » وحمل «المدونة» على الحكم قبل الوقوع ، و«الأسدية» بعده .

والْجِنْسُ كَزَكَاةِ الْفِطْرِ

نحوه في الباجي[١]، فقال : والذي يجزئ هنا هو على حسب ما تقدم في اليمين بالله تعالى ، وقد تقدم أن المصنف شبه اليـمين بالله تعالى بزكاة الفطر ، وعلى هذا فتُخرج من التسعـة الأصناف ، وعلى قول ابن حبيب : تخـرج من عشرة ، وقال ابن عـبد السلام : الأقط ، لا أعلم من قال بجواز إخراجه هنا .

خليل : وظاهر كلامه جواز إخراجه لتشبيههم ذلك بكفارة اليمين بالله ، وبزكاة الفطر ، فإنه قد نص في « البيان »[٢] على أنه تُخرج من كل ما تُخرج منه زكاة الفطر ، وفي كلام المصنف إشارة إلى شيء آخر ، وهو إذا اقتيت غير التسعة كاللحم والقطاني ، فإنه قدم في زكاة الفطر أن المشهور الإجزاء .

فَإِنْ كَانَ عَيْشُهُمْ تَمْراً أَوْ شَعِيراً أَطْعَمَ عَدْلَ شِبَعِ مُدٍّ هِشَامٍ مِنَ الْحِنْطَةِ

حاصله : إن كان عيشهم القمح أخرج منه مدا هشاميا ، وإن كان عيشهم تمراً أو شعيراً أو نحوه ، أطعم عدل شبع مد هشام من الحنطة ، قاله في « المدونة » [٣].

عياض : قيل: معناه إذا أشبع الرجل مد حنطة ، كم يشبعه من غيرها ؟

خـليل : وفيه نظر ؛ لأنا لم نعتبر بالحنطة ، بل أصل الحديث إنما ورد في التمر ، وبين ذلك أن أهل التمر لا يقال في زكاة الفطر أخرجوا ما يشبع صاع القمح .

ابن عبد السلام : وقال بعض الشيوخ : يراعى الشبع سواء زاد على مد هشام فيزاد ، أو نقص عن مد هشام فينقص .

---

(١) « المنتقى » (٥/ ٢٥٥) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٥/ ١٩٦) .

(٣) « المدونة » (٦/ ٦٨) .

وَفِيهَا : ولا أُحِبُّ أَنْ يُغَدِّيَ أَوْ يُعَشِّيَ فِيهَا ولا فِي فِدْيَةِ الأَذَاء

هذا كما قـال في « المدونة » : إن الغداء والعشاء لا يبلغ المد الهشـامي ، وأحرى فدية الأذاء .

اللخـمي : وقال ابن الماجشون : إن غدى وعشى أجزأه ، فجعلهما ككفارة اليمين بالله تعالى ، انتهى .

ونص ابن المواز على أنه لو غدى وعشى لا إعـادة عليه ، وعلى هذا فتكون أحب على بابها ، ويحـتمل أن يراد بها عدم الإجـزاء ، ولعله نسب المسألة «للمدونة» ، لهـذا التردد الذي في قوله : (**ولا يُعْجِبُنِي**) ولإشكالها أيضاً ، وذلك أن الحامل لهم على التقدير بالمد الهشامي إنما هو تحصيل الشبع في يوم ، وقد حصل ذلك .

وَلا يُجْزِئُ قِيمَةٌ فِي كَفَّارَةٍ ، وَقِيلَ : كَالْيَمِينِ

أما عدم إجـزاء القيمـة فقد نص في « المدونة » وغيـرها على ذلك ، وأجرى في ذلك الخلاف في الزكاة .

وقوله : (**وَقِيلَ : كَـالْيَمِينِ**) ظاهره :أنه قيل هنا بإجزاء القيمة ، كما في اليمين بالله تعالى ، وفي هذا نظر ؛ لأن المصـنف لم يقدر القيمـة تجزي في كفـارة اليمين بالله ، ولا يقال : إن المصنف شـبه لإفادة الحكم ؛ لأن المصنف لم يذكرها هنا حـكماً ، والأقرب أن في هذا المحل أن يكون معنى قوله : (**وَقِيلَ : كَالْيَمِينِ**) أى :في إجزاء الغداء والعشاء ، وهو قول ابن الماجشون ، كمـا ذكرنا ، وقد يقال على بعد (**وَقِـيلَ : كَالْيَـمِينِ**) أي : إذا قلنا فيه مد بمده ﷺ ، فهل يزاد مثل ثلث المد أو نصفه ؟.

* * *

كتاب اللعان

اللِّعَانُ : يَمِينُ الزَّوْجِ عَلَى زَوْجَتِه بِزِنًا أَوْ نَفْيِ نَسَبٍ ، وَيَمِينُ الزَّوْجَةِ عَلَى تَكْذِيبِه

هي مشتقة من اللعنة التي في خامسة الزوج ، ولم يسمى بالغضب ، وإن كان يصدر من المرأة في الخامسة ، لأن القاعدة تغليب المذكر ، ولأنه لما كان لعان الرجل سابقا وسببا في لعانها ، غلب ما يصدر منه ، واللعن : البعد والطرد ، ومعنى لعنه الله ، أى أبعده الله من رحمته ، وكانت العرب إذا تمرد الشرير منهم طردوه وأبعدوه عنهم لئلا يؤاخذوا بجرائره ، وسموه لعينا .

وقول المصنف : (**يَمِينُ الزَّوْجِ عَلَى زَوْجَته**) أى: على رمى زوجته (**بِزِنا**) مخرجاً لرميها بمقدمات الجماع ونحو ذلك ، فإنه لا لعان في ذلك ، ومخرج أيضاً حلف الزوج على زوجته في الحقوق المالية ، أو غيرها ، وقال : (**أَوْ نَفْيِ نَسَبٍ**) ليدخل فيه إذا نفى الولد ، بل هذه الصورة هي المقصود الأهم من اللعان .

وقوله : (**وَيَمِينُ الزَّوْجَة عَلَى تَكْذِيبه**) كالمتمم لجميع صفات ماهية جميع اللعان ، وأورد هذا على التعريف أنه غير جامع ؛ لأن قوله : (**يَمِينُ الزَّوْجِ**) يخرج به لعان المطلق مع مطلقته ، فإنه ليس بزوج في الحال ، ولا يقال هو زوج باعتبار الماضي ، لأن الإطلاق باعتبار الماضي ، والاستقبال مجاز ، كما قرر في أصول الفقه ، وأجيب بأن هذا إنما هو إذا كان المشتق محكوماً به ، كقولك : زيد مشرك ، أو زان ، أو قائم ، أما إذا كان متعلق الحكم ، كقولك : السارق يقطع ، حقيقة مطلقاً ، صرح بذلك جماعة من أهل الأصول، القرافي : ولو كان مجازاً ، لكان قوله تعالى : ﴿ **فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ** ﴾ و﴿ **الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي**﴾ و ﴿**وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ** ﴾ وشبهها مجازات ، باعتبار من اتصف بهذه الصفات في زماننا لأنه مستقبل باعتبار زمان الخطاب ، ويلزم حينئذ أن يسقط الاستدلال بها ، لأن الأصل عدم التجوز ، ثم أحسن التعريفات ما كان فيه إشارة إلى سبب الحكم ، فذكر الزوجة مشيرا إلى قوله تعالى : ﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ**﴾ [النور:٦] فكان ذكره حسناً ، ولم يوجب خللاً .

فَيَصِحُّ مَعَ الرِّقِّ وَالْفِسْقِ

أتى بالفاء المشعرة بالسببية ، أى: فلدخول الرق والفسق تحت الزوج صح لعانهما ،

سواء كـان الرق أو الفسق فيـهما ، أو في أحـدهما ، ونبه المصنف بهـذا على خلاف أبي حنيفة ، في قـوله رحمه الله : إنه لا يصح اللعان إلا ممن تصح شهـادته ، لقوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنفُسُهُمْ﴾ ، والجواب أنه اسـتثناء منقطع ، وهو وإن كان على خلاف الأصل ، لكن يعينه قوله ﷺ في حديث هلال بن أمية : « **لولا الأيمان لكان لي ولهـا شأن** » ، ولأجل أن اللعان يمين وليس بشهـادة ، دخلت المرأة فيه ، وليس لها مـدخلاً في الشهادة على الزنا ، ولأن العـبد والفاسق تدعوهمـا الضرورة إليه ، فوجب أن يباح لهما قياساً على الحر العدل .

وَشَرْطُ الْمُلاعِنِ : أَنْ يَكُونَ زَوْجاً مُسْلِماً مُكلفاً ـ فَيُلاعِنُ الْحُرُّ الْحُرَّةَ والأَمَةَ والْكِتَابِيَّةَ، وكَذَلِكَ الْعَبْدُ فِيهِنَّ ....

احترز بالزوج من السيد ، فإنه لا لعـان عليه ، ونقل المتيطي أنه وقع للشيخ أبي عمران في «أسئلة الباجي » ، أن اللعان يكون مع شبهة النكاح ، وإن لم تثبت الزوجية ، وهذا مما يشكل به قول المصنف (**زَوْجاً**) .

وقوله : (**مُسْلِماً**) : يخرج الكافر ، فلا يصح لعانه ، قال في « المدونة »[1] : ولا لعان بين الكافريـن ، فإن ترافع هو وزوجته ، وتراضيـا أن يحكم بينهم بحكم الإسلام ، فقال أبو عمران : يتلاعنان ، قال : فإن نكلت المرأة ، فعلى قول عيسى : ترجم ، وعلى قول البغداديين ، لا ترجم ، لأن أنكحتهم فاسدة ، وإنما يجب على من نكل منهم الحد ، كالمتلاعنين قبل البناء .

وقـوله : (**مُكلفـاً**) يخرج المجنون والصبي ، وقوله : (**فَيُلاعِنُ الْحُـرُّ الْحُرَّةَ والأَمَةَ والْكِتَـابِيَّـةَ**) تصوره ظاهر ، ويلحق بالكتـابية المجوسية يسلم زوجـها ، ولم تسلم هي ، وقوله : (**وكَذَلِكَ الْعَبْدُ فِيهِنَّ**) ظاهر .

والنِّكَاحُ الْفَاسِدُ كَالصَّحِيحِ

أي : في اللعان ، لأنه لمـا كان يلحق فيـه الولد ، احتيج إلى اللـعان لنفيـه ، قال في «الموازية » : كل نكاح يلحق فيه الولد ففيه اللعان ، وإن فسخ بعد ذلك .

---

(١) « المدونة » (٦/ ١١٤) .

وَيَتَلاعَنَانِ إِنْ رَفَعَتْهُ بِقَذْفِهَا بِالزِّنَا طَوْعاً فِي نِكَاحِهِ فِي قُبُلٍ أَوْ دُبُرٍ كَانَ وَلَدٌ أَوْ حَمْلٌ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ ، نَفَاهُ ، أَوِ اسْتَلْحَقَهُ ....

لما ذكر الملاعن وشروطه ، أخذ يذكر أسباب اللعان ، فبدأ بالكلام على القذف بالزنا ، وشرط فيه أن ترفعه إلى الحاكم ، فإن لم ترفعه فلا لعان ، لأن ذلك من حقها ، ثم إن لم يبلغ رميه لها الحاكم فلا كلام ، وإن بلغه حد ، إلا أن يلاعن ، وقوله (**بِالزِّنَا**) يخرج ما إذا قذفها بغيره ، ولا خلاف في اللعان إذا رماها بصريح الزنا ، وأما إن عرَّض بذلك ، فعن ابن القاسم قولان :

أحدهما : أنه يلاعن ، والثاني : لا ، ووافقه عليه أشهب : أنه يحد ولا يلاعن ، والقولان قائمان من « المدونة » ، ففيها في اللعان[1] : ومن قال لامرأته : وجدتها قد تجردت لرجل ، وهي مضاجعة له في لحاف ؛ أنه لا يلتعن بذلك إلا أن يدعى رؤية الفرج في الفرج ، وإن لم تكن له بينة على ما ذكر فعليه الأدب ، ولا يحد ، وفي القذف منها ، ومن عرَّض بالزنا لامرأته ، ولم يصرح بالقذف ضرب الحد ، إن لم يلتعن .

وأشار عياض إلى أن الذي في كتب اللعان لا دليل فيه على انتفاء الحد ، لأنه إنما أسقط الحد عن ذلك التعريض الخاص ، ولا يلزم منه إسقاطه عن التعريض مطلقاً ، فقال لما ذكر ما قاله في اللعان : وفي «الموازية» نحوه ، لا لعان بينهما إلا في صريح القذف ، أو تعريض يشبه القذف .

ابن عبد السلام : وفي كلامه نظر ، أما أولا فلأن الخلاف في التعريض حكاه غير واحد من الشيوخ ، ولم ينسبه «للمدونة» ، وأما ثانيا فنفيه الحد ، واستثناؤه رؤية الفرج في الفرج دليل على أن ما عدا هذه الصورة لا يلزمه فيها عنده حد ، على أن في أواخر كتاب القذف: ومن قال: جامعت فلانة بين فخذيها ، أو في أعكانها ، فعليه الحد ، ثم قال : قال مالك : ولا يجب الحد إلا في قذف أو نفي أو تعريض ، يرى أنه يريد به القذف ، ولا تعريض أشد من هذا .

وقوله : (**طَوْعاً**) ، احترازاً مما لو نسبها إلى استكراه ، فإنها لا تلاعن إذا ثبت الغصب ، أو تصادق الزوجان عليه ، نعم يلاعن هو لنفي الولد ، فصار الطوع شرطا في

(١) « المدونة » (٦/ ١١٤) .

تلاعنهما مـعاً ، لا في لعانه ، ولما كان المصنف يتكلم علـى لعانهما معـاً ، قيد ذلك الزنا بالطوع .

فرع :

وإذا قذف الزوج زوجته وترافعا إلى الحاكم سجنه ، وحكى الباجي[١] في سجلاته في سجنه قولين :

وقوله : (**فِي نِكَاحِه**) ، احتراز من الصورة التي يذكرها بإثر كلامه هذا ، وهو قوله : (**ولو قذفها بزنا قبل نكاحه**) .

وقوله : (**فِي قُبُلٍ أَوْ دُبُرٍ**) ، إنما لاعنها إذا رماها بالوطء في الدبر ، لأنه لو كا أجنبياً لحُدَّ في رميها بذلك ، وما يُحد الأجنبي فيه يلاعن الزوج فيه .

وقوله : (**كَانَ وَلَدٌ أَوْ حَمْلٌ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ ، نَفَاهُ ، أَوِ اسْتَلْحَقَهُ**) ، ظاهر التصور ، ووقع في بعض النسخ بإثر هذا الكلام : (وقيل إن استلحقه حد) وسيأتي .

فَلَوْ قَذَفَهَا بِزِنًا قَبْلَ نِكَاحِهِ حُدَّ

قد تقدم أنه احترز عن هذه الصورة بقوله أولاً : (**فِي نِكَاحِه**) .

الباجي[٢] : ولا خلاف في وجوب الحد هنا في المذهب .

وَيُعْتَمَدُ عَلَى يَقِينِه - بِالرُّؤْيَةِ - وَقِيلَ : كَالشُّهود

أي : يعتمد الملاعن في قذفه بالزنا على يقـينه برؤية ذلك ، وقيل: كالشهود ، يعني أن المشهـور اعتماده على الرؤية ، وإن لم يصف كـالشهود ، وقيل : لا يجـوز له ذلك حتى يصف كالشهود ، وهذا القول لمالك أيضاً في «العـتبية» ، وقد حكى ابن الجلاب[٣] وعبـد الوهاب[٤] الروايتين ، وحكاهما الباجي [٥]وصاحب « البيان » [٦]وابن يونس ، وقول ابن

(١) « المنتقى » (٥/ ٣١٤) .

(٢) «المنتقى» (٥/ ٣١٤) .

(٣) « التفريع » (٢/ ٤٣) .

(٤) « المعونة » (١/ ٦١٠) .

(٥) « المنتقى » (٥/ ٣١٤) .

(٦) « البيان والتحصيل » (٦/ ٤٠٥) .

عبد السلام : الأحسن حذف الواو بين الرؤية وبين قيل ، ليس بظاهر ، لا يؤخذ القولان من كلام المصنف إلا بإتيانها .

وقيل: عَلَى يَقِينِهِ كَالأَعْمَى عَلَى الْمَشْهُورِ

يعني : وقيل : إذا تحقق وقوع الزنا منها جاز اللعان ، وإن لم يرها تزني ، كالمشهور من القولين في الأعمى ، قال في « المدونة »(١) : ويلتعن الأعمى في الحمل يدعى الاستبراء في القذف ، لأنه من الأزواج ، فيحمل ما تحمل ، ومقابل المشهور في الأعمى رواه ابن القصار ، وعن مالك أنه لا يجوز اللعان إلا أن يقول : مسست الفرجين .

وَبِنَفْيِ الْوَلَدِ أَوِ الْحَمْلِ

هذا معطوف على قوله : **(بقذفها بالزنا)** وتقدير كلامه : ويتلاعنان إن رفعته بنفي الولد أو الحمل ، ولا خلاف في ذلك .

ويُعْتَمَدُ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يُصِبْهَا بَعْدَ وَضْعٍ أَوْ فِي مُدَّةٍ لا يَلْحَقُ فِيهَا الْوَلَدُ لِكَثْرَةٍ أَوْ قِلَّةٍ ، ويُعْتَمَدُ عَلَى اجْتِمَاعِ الاسْتِبْرَاءِ والرُّؤْيَةِ وفِي اعْتِمَادِهِ عَلَى أَحَدِهِمَا رِوَايَتَانِ

يعني : أنه يعتمد في نفي الولد أو الحمل على ثلاثة أشياء ، واختلف في رابع ، ومعنى اعتماده أنه يجوز له في الشرع أن ينفي الولد بذلك :

الأول : إذا لم يطأها بعد وضع ، يعني وقد طال ما بين الوضعين ، بحيث لا يكون الولد الثاني من بقية الحمل الأول .

الثاني : أن يكون وطئها بعد الوضع ، ولكن بين هذا الحمل والإصابة مدة لا يتأتى فيها ولد ، إما لقلة الزمان لخمسة أشهر ونحوها ، وإما لكثرته كخمس سنين فأكثر ، وإليه أشار بقوله : (**أَوْ فِي مُدَّةٍ لا يَلْحَقُ فِيهَا الْوَلَدُ لِقِلَّةٍ أَوْ كَثْرَةٍ**) .

الثالث : إذا استبرأها من وطئه ثم رآها بعد ذلك تزني ، ووقع في بعض النسخ بإثر هذا الكلام : على المشهور ، وهي زيادة صحيحة ، فقد حكى ابن شاس(٢) وغيره عن السيوري أنه ليس له نفيه بهما ، قال : وحكى الداودي عن المغيرة مثله .

---

(١) « المدونة » (٦/١١٦) .

(٢) « الجواهر » (٢/٥٦٣) .

وأما **الرابع** المختلف فيه ، وإليه أشار بقوله : **(وَفِي اعْتِمَادِهِ ... إلخ)** ، والضمير في **(أحدهما)** عائد على الاستبراء والرؤية .

عياض : والمشهور أنه يعتمد على الاستبراء ، والأظهر أنه لا يعتمد على أحدهما ، بل ولا عليهما ، لأنه إذا كانت الحامل تحيض ، فكيف يصح له النفي ، والقول باعتماده على مجرد الرؤية أضعف ، لأن الحيض علامة ظنية على براءة الرحم ، بخلاف رؤيته ، فإنه لا يدل على الحمل البتة .

وقِيلَ : يُلاعِنُ لِلْقَذْفِ

يعني : أنه اختلف في قاذف زوجته القذف المطلق غير المقيد برؤية ، ولا بنفي حمل ، فقال ابن نافع وابن القاسم في أحد قوليه : يلاعن ، وقال أكثر الرواة وابن القاسم أيضاً : يحدُّ ولا يلاعن ، والقولان في « المدونة » ، واختار بعض كبار المتأخرين الأول ، لصدق آية اللعان عليه .

خليل : وقول المصنف : **(وقيل)** يقتضي معطوفا عليه ، ويقتضي أن ذلك المعطوف عليه هو المذهب ، والأقرب أن يكون راجعا إلى قوله : **(ويعتمد على يقينه بالرؤية .. إلخ)** ، فإن كلامه هنا يقتضي أنه لا يلاعن للقذف ، ثم ذكر قولاً آخر ، أنه يلاعن بمجرد القذف، من غير رؤية ، ولعل المصنف شهر الأول ، لما قال في « المدونة » إنه قول أكثر الرواة ، وبه قال المخزومي وابن دينار ، وهو أحد قولي ابن القاسم ، لكن في «الإرشاد» : المشهور أنه يلاعن بمجرد القذف .

فَإِنْ أَتَتْ بولد لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِداً بَعْدَ الرُّؤْيَةِ للعان وإلا لَحِقَ بِهِ

يعني : فإن لاعن لسبب الرؤية ، ثم أتت بولد بعد اللعان ، فإن أتت به لستة أشهر فأكثر من يوم الرؤية ، لم يلحق به ، وتعد كأنها بريئة الرحم يوم اللعان ، وإن أتت به لأقل من ستة أشهر لحق به لأن لعانه إنما كان لرؤية الزنا ، خاصة لا لنفي الولد .

خليل : وفي هذه المسألة إشكال ، لأنهم نفوا الولد ، الذي الأصل فيه أن يكون للفراش، بأمر نادر ، وهو موضع المرأة في ستة أشهر .

واخْتَلَفَ قَولُ مَالِك فِي نَفْيِ الْحَمْلِ إِذَا لَمْ يَدَّعِ اسْتِبْرَاءً فَأَلْزَمَهُ مَرَّةً ولَمْ يُلْزِمْهُ مرَّةً ، وقَالَ بِنَفْيِهِ مرَّةً ، ابْنُ الْقَاسِمِ : وأَحَبُّ إِلَيَّ أَنَّهُ لو كَانَ ظَاهِراً يَوْمَ الرُّؤْيَةِ لَزِمَهُ ، وعَنْهُ : إِنْ أَتَتْ

به لأقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ الرُّؤْيَةِ لَزِمَهُ ، ولا يُحَدُّ إِنْ نَفَاهُ ، وقَالَ الْمَخْزُومِيُّ : إِنْ أَقَرَّ بِالْحَمْلِ لِسِتَّةٍ فَصَاعِداً مِنَ يوم الرُّؤْيَةِ لَمْ يَلْزَمْهُ ، ولَوِ اسْتَلْحَقَهُ لَحِقَ وحُدَّ ، ولأَقَلَّ يَلْزَمُه

صورة هذه المسألة أن يقول : رأيتها تزني ووطئتها قبل الرؤية في اليوم أو قبله ، ولم أستبرئ لاعنها للرؤية ، ثم أتت بولد ، فهل هذا اللعان موضوع لنفي الحد ونفي الولد معا فلا يلحق به ، ولا يحتاج إلى لعان ثانٍ ، أو هو موضوع لنفي الحد فقط ، وعدوله عن دعوى الاستبراء رضا منه باستلحاق الولد ، وليس فيه تعرض للولد فيبقى الأمر موقوفاً، فقول المصنف : ألزمه مرة ، أى لم ينفه باللعان الأول ، ويلحق به ، وإن ولدته لستة أشهر من يوم الرؤية ، إلا أن ينفيه بلعان ثان ، ومقابل هذا القول القولُ الثالث ، وهو قوله : (**وقَالَ بِنَفْيِهِ مَرَّةً**) ، فإن ادعاه بعد ذلك لحق به ، وهذه الأقوال التي قالها الإمام مطلقة ، سواء كانت حاملاً يوم الرؤية أم لا ، وهذا قاله في « المدونة » في القول الثالث ، وقال بنفيه مرة ، وإن كانت حاملاً ، وفصل ابن القاسم ، وتفصيله ظاهر ، لأنه لا يلزم من لعانه لنفي الحد عنه نفي حمل ظاهر ، والظاهر أنه لا يشترط الظهور ، بل إنما يشترط أن تأتي بالولد لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية ، ولو قيل: إنه للأول ولو أتت به لستة أشهر - لأن الوضع في ستة أشهر نادر ، والأصل إلحاق الولد بالفراش - لكان حسناً، فإن قيل : في قول المصنف (**أحب**) نظر ، إذ هو موضع الجزم لعظم أمر الأنساب، وإنما يقال أحب في باب العبادات ، قيل : إنما حمله على ذلك اضطراب مدارك الإمام ، فلم يستطع الجزم بمخالفته ، والله أعلم .

وقوله : (**وقَالَ الْمَخْزُومِيُّ**) ، نصه في «المدونة» : وقال المخزومي: إن أقر بالحمل وادعى رؤيةً لاعن ، فإن وضعت الأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية ، فالولد منه ، وإن كان لستة أشهر فأكثر فهو اللعان ، وإن ادعاه بعد ذلك لحق به ويحد .

تنبيهات :

الأول : في كلام المصنف مناقشة ، فإن مقتضاه أن لابن القاسم في المسألة قولين ، كل منهما مخالف لقول مالك ، وليس كذلك ، بل قوله : (**إِنْ أَتَتْ بِهِ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ لَزِمَهُ**)، مفسراً لقول مالك الأول الذي قال فيه : لم يلزمه مرة ، كذلك هو في «المدونة»[1] وغيرها ، ولفظها : قال مالك : ولا يلزمه ما أتت به من ولد .

---

(١) « المدونة » (٦/ ١١٤) .

ابن القـــاسم : إلا أن تأتي به لأقل من ســتة أشهــر ، من يوم الرؤية فيلـزمه ، وفي «المقدمات »(١) : اختلف في هذه المسألة على ثلاثة أقوال :

الأول : أن الولد ينفيــه باللعان على كل حــال ، وإن ولده لأقل من ستة أشــهر ، وهو أحد قولي مالك في « المدونة » .

والثــاني : أنه لا ينفيه بحال ، وإن ولد لأكثر مــن ستة أشهر ، ويلحق به ، وهو قول أشهب وعبد الملك .

والثــالث : التفرقة بين أن يولد لأقل من ستة أشهــر أو لأكثر منها ، وهذا القول الثاني لمالك في « المدونة » ، انتهى .

ولا يكون هذا القول في « المدونة » إلا إذا كان قول ابن القاسم تفسيراً له ، وكذلك قال غيره .

الثــاني : اختلف في فهم « المدونة » في قوله : (**أَلْزَمَهُ مَرَّةً ولَمْ يُلْزِمْهُ مَـرَّةً ، وقَالَ بِنَفْيِهِ مَرَّةً**) ، فمنهم من فهم ذلك على أنها ثلاثة أقوال كما قررنا به كلام المصنف ، وفهمها ابن لبابة ، وصاحب « المقدمات »(٢) على أنه ليس فيها إلا قولان :

الأول : أن الولد منفي وإن أتت به لأقل من ستة أشهر .

والثاني : الفرق بين أن يولد لأقل من ستة أشهر أو لأكثر ، وجعلا قوله : لم يلزمه مرة وقال: بنفيه مرة ، قولاً واحداً .

التنبيه الثالث :

عياض : اختلف في قوله في «المدونة» في القول الذي قال فيه بنفيه وإن كانت حاملاً ، هل ذلك سواء عرف الحمل أو أقر به أو بشـرط ألا يعلم أنها حامل ، إلا بعد الوضع لأقل من ستة أشـهر ، فقيل : ذلك سواء علم به أو لم يعلم أقـر بالولد أو لم يقر ، وهو نص «الموازية » ، وظاهر قـول المخزومي في الكتــاب : وأقر بالحـمل ، ذلك لأنه لما اطلع على خيانتها صح له نفى ما كان أقر به قبل بسلامة نيته وصحة اعتقاده .

وقال ابن مـحرز: بل معنـى ذلك فيمن لم يقـر بالحمل ولا اعتـرف به حتى ظهـر بعد

(١) « المقدمات » (١/٣٣٩) .

(٢) « المقدمات (١/٣٣٩) .

اللعان، وأن معنى قول المغيرة : أقر بالحمل أى بالوطء ، بدليل قوله بعد هذا : فإن اعترف به بعد هذا ضربته الحد ، وقال شيخنا أبو الوليد : وهو بعيد .

عياض : وظاهر كلام المغيرة ما قاله ابن محرز ، لقوله : فإن ولدت ما في بطنها لأقل من ستة أشهر فالولد منه ، وإن ولدته لستة أشهر فلا لعان ، ولو كان ظاهراً ، وهو مقر به حين اللعان لم يحتج إلى هذا التفصيل لِعِلْمنا على كل حال أنه كان قبل اللعان ، وتأول ابن يونس قول المغيرة بأن معنى قوله : أقر بالحمل ، أى الآن على معنى أنه أقر أنها حملت بهذا الولد ثم يعتبر إيلاده بعد الرؤية ، فإن كان لأقل من ستة أشهر لزمه ، وإن كان لستة أشهر فأكثر جاز أن يكون للرؤية وقد التعن لها وادعى أن هذا الولد لها ، وهو قريب في المعنى من تأويل ابن محرز ، فيأتي على قول المغيرة ثلاثة تأويلات .

أولها : أن المراد الاعتراف بالوطء لا بالحمل .

الثاني : الإقرار بالحمل على ظاهره .

الثالث : الاعتراف بالحمل حين الوضع لا حين اللعان ، وقد حكى ابن الجلاب[١] وعبد الوهاب[٢] فيما إذا أقر بحملها ، وادعى أنه رآها تزني ، ثلاث روايات .

إحداها : أنه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن .

والأخرى: أنه يلاعن وينتفي عنه الولد الذي أقر به .

والثالثة : أنه يلحق به الولد ويلاعن لنفي الحد عنه .

ابن الجلاب[٣] : وهو الصحيح .

وَلَوْ قَالَ بَعْدَ الْوَضْعِ لأَقَلَّ : كُنْتُ اسْتَبْرَأْتُ ؛ وَنَفَاهُ انْتَفَى بِاللِّعَانِ الأَوَّلِ ، فَلَوِ اسْتَلْحَقَهُ لَحِقَ بِه وَحُدَّ ....

أي : في المسألة التي قبلها ، وهي ما إذا لاعنها للرؤية ، ولم يكن ذكر الاستبراء على القول بذلك ، وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية ، وقلنا: إن الولد يلحق به ، فإنما يلحق به بشرط أن يسكت عن الاستبراء ، فإن قال الآن : كنت استبرأت قبل الرؤية

(١) « التفريع » (٢/ ٤٤) .
(٢) « المعونة » (١/ ٦١١) .
(٣) « التفريع » (٢/ ٤٤) .

وهذا الولد ليس مني ؛ اكتفى باللعان الأول ، وهذا قول أشهب ، وقال عبد الملك وأصبغ : إنما ينفيه بلعان ثان .

قال في « المقدمات »[١] : وفي « المدونة » ما يدل على القولين ، وقوله : فإن استلحقه، يعني فإن استلحق هذا الولد بعد أن نفاه وانتفى عنه ، فهو تكذيب لنفسه ، فيحد ويلحق به ، وقول المصنف : لأقل ، ينبغي أن يكون الحكم كذلك إذا كان لستة أشهر على القول بإلحاقه به .

وشَهَادَتُهُ بِالزِّنَا عَلَيْهَا كَقَذْفِه

يعني : سواء شهد وحده أم مع ثلاثة ، ابن الماجشون وابن أبي زمنين : وإذا شهد عليها مع ثلاثة ، فيقال للزوج أولاً : التعن ؛ فإن أبي حُدَّ هو والثلاثة ، وإن التعن ، قيل لها : التعني ، فإن التعنت وتم اللعان بينهما حُدَّ الثلاثة فقط ، وإن نكلت عن اللعان وجب عليها الحد ، وسقط الحد عن الثلاثة ، لأنه قد حق عليها ما شهدوا به بنكولها عن اللعان ، وإن لم يعثر على أنه زوجها حتى رجمها الإمام ، فيدرأ عن الثلاثة الحد ، ويحد الزوج إلا أن يلاعن ، قاله مالك في « الموازية » ، قال : ويرثها إلا أن يعلم أنه تعمد الزور عليها ليقتلها ، أو يقر بذلك ، فلا يرثها ولا دية على الإمام ، لأنه مختلف فيه ، وليس بخطأ صريح كشهادة العبد والنصراني .

ابن يونس : وقاله أصبغ : إلا في الميراث ، فقال : لا يرثها لأنه التعن وليس بشاهد ، فلا يخرج من تهمة العامد لقتل وارثه .

والاسْتِبْرَاءُ حَيْضَةٌ ، وقِيلَ : ثَلاثٌ ، وفِي اعْتِمَادِهِ عَلَى أَحَدِهِمَا - عَلَى الاسْتِبْرَاءِ أَوِ الرُّؤْيَةِ - رِوَايَتَانِ ....

اختلف المذهب بماذا يكون الاستبراء الذي ينتفي به الحمل ، وصرح الباجي[٢] وجماعة بمشهورية الأول ، كما هو مقتضى كلام المصنف ، والقول بالثلاث للمغيرة ، وروى أيضاً عن مالك وجه الأول ، أن الاستبراء هنا ليس بعدة بل لبراءة الرحم ، فأشبه استبراء الأمة.

ابن عبد السلام : بعد ذكر القولين ، وقال ابن الماجشون: إن كانت أمة فحيضة ، وإن

---

(١) « المقدمات » (١/ ٣٤٠) .

(٢) « المنتقى » (٥/ ٣١٥) .

كانت حـرة فثـلاث ، وعن المغيرة أنه لا ينـفيه إلا بعـد خمس سنين ، وله قـولان آخران كقولي مالك .

فائدة :

ليس عندنا حرة تسـتبرأ بحيضـة إلا هنا ، وليس عندنا أمة تستبـرأ بثلاث إلا على قول المغيرة هنا ، وفيمن ادعى سيدها وطأها فأتت بولد فنفاه ، وادعى أنه كان استبرأها .

فَإِنْ لَمْ يَدَّعِ الاعْتِمَادَ فِي الْجميعِ فَفِي حَدِّهِ قَوْلانِ

هذا هو القذف المجرد ، وقد تقدم هذا الفـرع من كلام المصنف ، لكن ذكره هنا لإفادة شيء لم يستفده من الأولى، لأن الأولى إنما هي باعتبار الرؤية، وقوله هنا: (**فِي الْجميعِ**)، أى في الرؤية ونفي الولد، ولأنه تكلم هنا على الحد، ولم يتكلم عليه فيما سبق، وقوله : (**فَفِي حَدِّهِ قَوْلانِ**) أي قول بأنه يحد ولا يلاعن ، وقول بأنه يلاعن ولا يحد ، وقد تقدم القولان إذا رماها بالزنا ، وكذلك حكى اللخمي وابن يونس وصاحب «البيان »[1] القولين فيـما إذا نفى الحـمل نفيـاً مطلقاً ، وحـمل ابن عبـد السلام كلام المصنـف على أن مراده بالقـولين إذا قلنا : لا يلاعن ، هل يحد أم لا ؟ ثم اعـترضـه ، وقال : الذي أعـرفه أن القولين أحـدهما يلاعن ولا يحـد ، والثاني أنه يحد ولا يـلاعن ، وأما أنه لا يلاعن ولا يحـد مع أنه قاذف فبعيد ليس بظـاهر ، وليس في كـلام المصنف دلالة علـى مـا قاله .

وَاللِّعَـانُ بِنَفْيِ الْوَلَدِ مَعَ دَعْوَى الرُّؤْيَةِ والاسْـتِبْـرَاءِ ، وبِالزِّنَا مَعَ الرُّؤْيَةِ كَالشُّـهُودِ مُـتَفَّقٌ عَلَيْهِ ....

لما ذكر أسباب اللعان وما فيـها من الاضطراب أراد أن يبين ما اتفق عليه منه ، فذكر أنه اتفق على صورتين :

إحداهما : أن ينفي الولد مع دعوى الرؤية والاستبراء .

والثانية : أن يرميها بالزنا ويدعى رؤية ذلك ، ويصف كالشهود .

زاد بعضهم : وتكون المرأة حين الرؤية غيـر ظاهرة الحمل ، وكذلك ذكر في « المدونة » أن هذين الوجهين مجمع عليهما ، وكذلك حكى الاتفـاق فيهما اللخمي وصاحب «البيان»

---

(١) « البيان والتحصيل » (٦/٧٠٤) .

وغيرهما ، ولا إشكال في الصورة الثانية ، وأمـا الأولى فقد تقدم أن ابن شاس حكى فيها عن المغيرة والسيوري ، أنه ليس له أن ينفي الولد باجتماع الرؤية والاستبراء .

وقد تقـدم أن هذا القول وقع الـتنبيـه عليه في بعض نسخ ابن الحـاجب ، لكن حكاية الاتفاق هنا يبعـد ثبوته ، لأنه حينئذ يتناقض كـلامه ، وزاد جماعة في المتـفق عليه ما إذا أنكر الوطء جملـة ، أو قال لم أطأها منذ كذا وكـذا ، لمدة لا يلحق فيـها النسب ، وزاد اللخمي أن يقول : لم تلد الولد .

فَلَوْ تَصَادَقَا عَلَى نَفْيِ الْوَلَدِ - فَرِوَايَتَانِ ، والأَكْثَرُ لا يَنْتَفِي إلابلِعَانه

هكذا ذكـر القـولين في « المدونة » [١]وذكر أن المرأة تحـد ، لإقرارها بالزنا علـى كلتا الروايتين .

ابن يـونس : وعلى رواية الأكثر إنما يلتعن الزوج فـقط ، لأن المرأة إنما تلتعن لدفع حد الزنا ، لا لنفى الولد ، إذ لا يصح نفـى ما ولدته بخـلاف الزوج ، قيل : والمسـألة على وجهين :

أحدهما : أن تقول المرأة ليس الولد منك .

والثـاني : أن تصدقه في الزنا ، وتقول : الولد منك ، وفيـها ثلاثة أقوال : ينتفي بغير لعان فيهـما ، وقيل : لا ينتفي إلا بلعان فـيهما ، وقيل : بالفرق ، فإن صـدقته في نفى الولد انتفى بغير لعـان ، وإلا ففيه اللعان ، والأقرب ما ذهب إليه الأكـثر ، لأن تصديقها للزوج في أن الولد ليس منه إقرار على الغير .

ابن رشد [٢]: والقول بأنه ينتفي باتفاقهما يأتي على القول بأن من ادعى رؤية لا مسيس بعدها في ظاهره الحمل ، أنه ينتفي الولد بذلك ، وهو شذوذ من القول .

ابن القـاسم : فإن رجعت المرأة فأكذبت نفسـها ، فإن كان قبل الحكم لم يسقط نسب الولد ، وعاد اللعان بينـهما ، فإن نكل الزوج لحق به الولد ولا يحد ، لأنهـا مقرة ، وإن رجعت بعده لم يقبل رجوعها ، وقـال ابن الكاتب : لا يقبل رجوعها بعد إقرارها لما تعلق الزوج بذلك من الحق .

---

(١) « المدونة » (٦/١١٦) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٦/٤٠٩) .

ابن عبد السلام : وكان ينبغي أن يسقط الحد ويبقى الولد منفيا كمن أقر بسرقة ورجع عنها ، فإنه يغرم المال ولا يقطع .

خليل : وقد يفرق بينهما بتشوف الشرع هنا إلى لحوق النسب .

فرع:

قال ابن القاسم في المطلق قبل البناء ، وتقاررا على عدم المسيس ، ثم مات الزوج وظهر بها حمل فقالت : هو منه ، فالولد يلحق به ، ولا ترثه هي ولا يتم لها صداقها .

محمد : لأنها لم تثبت على قولها ، وتصديقها فيه سقوط الولد على قول من يسقطه بتصديقها ، ولا حد عليها لأنها لم تقر بزنا .

محمد : والصواب أن يتم لها الصداق لأن الولد إذا لحق فقد ، ولو تم لها المسيس ، ولو مات قبل انقضاء العدة ورثته إذا كان الطلاق واحدة رجعية .

وَلَهُ نَفْيُهُ حيًا أو ميّتا

أي للزوج نفي الولد حيا أو ميتا .

ابن عبد السلام : لا خلاف أعلمه في ذلك ، قال في « المدونة »[1] : وإن ولدت ولداً ميتاً أو مات بعد الولادة ، ولم يعلم به الزوج لغيبة أو غيرها ، ثم نفاه إذا علم به ، فإنه يلاعن ، لأنه قاذف ، وعلى هذا ففائدة اللعان بعد موته سقوط الحد عن الزوج .

ولو اسْتَلْحَقَهُ ميّتاً لحق وحُدَّ ، وقِيلَ : إنْ كَانَ لِلْميِّتِ وَلَدٌ

ظاهر قوله : (**وقِيلَ : إنْ كَانَ لِلْميِّتِ وَلَدٌ**) ، أن الخلاف في الحد ، ولا خلاف في حده ، وإنما الخلاف في الإرث ، ومذهب «المدونة» أنه يرث إن كان للولد الميت ولد ، لا إن لم يكن ، ففيها : ومن نفي ولداً بلعان ثم ادعاه بعد أن مات الولد عن مال ، فإن كان لولده ولد ضرب الحد ولحق به ، وإن لم يترك ولداً لم يقبل قوله ، لأنه يتهم في ميراثه ، ويحد ولا يرثه ، ودليل « المدونة » أنه يرث مع الولد السدس ، وقد قال ذلك فيمن شهد في وصية له فيها نصيب يسير أن شهادته جائزة ، وقال أشهب : لا شيء له ، حكاه عنه البرقي وغيره ، واختاره ابن القصار ، وعلى هذا فلا خلاف في ثبوت الحد وسقوط

(١) « المدونة » (١١٦/٦) .

الميراث، إذا لم يكن لـلميت ولد ، واختلف في الإرث إذا كـان له ولد ، لكن قيـد فضل عدم إرثه إذا لم يكن للميت ولد ، بما إذا كان المال كثيـراً ، وأما إذا كان يسيراً فإنه يرثه ، فقيل لابن القـاسم : فإن لم يكن له مال ولا ولد ، قال أصـبغ : فرأيته لا يرى أن يلحق به، ورآه شيئاً واحداً إذا لم يترك ولداً .

أصـبغ : إذا لم يترك ولداً لم يلحق ، وإن استلحـقه ، كان له مال أو لم يكن ، وإنما يلحق به إذا كان له ولد ، فيقع الإقرار على النسب .

أشهب : ولو كان الولد عبداً أو نصرانيا صدق ولحق به .

أبو إسـحـاق : لم يتهمه إن كان له ولد ، وإن كان يرث مـعه السدس ، فكذلك العبد والنصراني وإن كانا لا يرثانه .

خليل : والذي ينبغي أن تتبع التهمة ، فقد يكون السدس كثيراً ، فينبغي ألا يرثه ، ولو كان للميت ولد ، وقد يكون المال كله يسيراً ، فينبغي أن يرثه ، وإن لم يكن له ولد .

ويَكْفِي فِي الأَوْلادِ الْمُتَعَدِّدَةِ لِعَانٌ وَاحِدٌ

يعني : إذا ولدت أولاداً عدة ، واحداً بعد واحد ، وكـان الزوج غائباً ، ثم قدم ونفي الجميع ، فإنه يكفيـه لعان واحد ، كمن قذف امرأته بالزنا في مرات متـعددة ، فإنه يكفيه لعان واحد .

فرعان :

الأول : إذا قدم من سفره فوجد ولداً فنفاه ، فذلك على ضربين :

أحدهما : أن يقول : لم تلديه .

والثـــاني : أن يقول : ولدتيـه ولكن ليس مني ، فأما الأول ، فـهو أن ينكر أن تكون ولدته جـملة ، فقال الـباجي[1] : قال ابن القـاسم في « الموازية » : هو منه إلا أن ينفـيه بلعان، وقال أشـهب : المرأة مصدقة ولا لعان فيـه ، إلا أن يقصد بذلك نفي الولد منه ، فيلاعن.

ابن القاسم : فإن نكل بعد أن نفاه على هذا الوجه ، ولم يلاعن لم يحد ، وأما الوجه الثاني فإنه لا ينفيه إلا بلعان .

---

(١) « المنتقى » (٥/٣٤٢) .

الثاني : قال في « المقدمات »[١] : واختلف فيمن قذف أربع نسوة في كلمة واحدة ، فقال الأبهري : لست أعرفها منصوصة ، والذي يجيء على مذهبنا أن يلاعن لكل واحدة، لأن اللعان بمنزلة الشهادة ، ولو أتى بالشهود لزم أن تعتبر الشهادة على كل واحدة بانفرادها، ويحتمل أن يجزيه لعان واحد ، كما لو قذف جماعة بكلمة واحدة ، وكما لو ظاهر منهن ، فإنه تكفيه كفارة واحدة ، وحكي عن إسماعيل القاضي ما يؤخذ منه الاكتفاء بلعان واحد وقال اللخمي : وقال محمد فيمن قذف امرأتيه ، فقامت عليه إحداهما ، فقال: كذبت عليك ، جلد الحد ، ثم قامت الأخرى فلا حد عليه، لأن ذلك الضرب لكل من قذف قبل ذلك ، فإن قال لها بعد أن ضرب : قد صدقت عليك ، أو على صاحبتك، كان عليه الحد ، إلا أن يلاعن ، وسواء قال ذلك لمن قامت عليه أم لا ، هذا قول ابن القاسم ، وقال عبد الملك : يحد للأولى ، ولا لعان له فيها ، لأنه قذف ثان قد أكذب نفسه فيه .

محمد : ولو قال للثانية : أما أنت فقد صدقت عليك ، وكذبت على صاحبتك ، لاعن الثانية ، وقول ابن القاسم هنا : إنه يلاعن الأولى إذا رجع بعد أن كذب نفسه ، خلاف المعروف من المذهب ، وخلاف الأصول ، انتهى .

وكَذَلِكَ فِي الزِّنَا والوَلَدِ جَمِيعا

يعني : إذا قال : هذا الولد ما هو مني ، وزنيت قبل الحمل أو بعده ، فإنه يكفي فيهما أيضا لعان واحد ، لأن حاصل قوله راجع إلى قذف المرأة بالزنا مرات ، وكما اكتفي لذلك الحد الواحد ، كذلك اكتفي بلعان واحد .

ومَنَعَهُ عَبْدُ المَلِكِ فِي الحَمْلِ لِجَوَازِ انْفِشَاشِهِ ، ورُدَّ بِأَنَّ العَجْلانِيَّ وغَيْرَهُ لاعَنَ فِي الحَمْلِ لِظُهُورِهِ كإيجَابِ النَّفَقَةِ والرَّدِّ بِالعَيْبِ ....

يعني: اختلف فيمن نفي حملاً ظاهراً ، فالمشهور أنه يعجل كما يقضي للمطلقة بنفقة الحمل ، إذا ظهر حملها ، وكما يجب الرد للمشتري إذا اشترى جارية وظهر حملها ، ولا يؤخر فيهما إلى الوضع ، ومنع عبد الملك اللعان قبل الوضع خشية أن ينفش ، ورواه عن مالك ، والفرق على قوله بين اللعان وما ذكر أن اللعان تترتب عليه أمور عظام من فسخ النكاح والحرمة على التأبيد ووجوب الحد ، واستدل محمد للمشهور بأن قال : السنة

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٥٦٤) .

أن يلاعنها حاملاً ، وقد لاعن النبي ﷺ في عويمر وامرأته حامل ، وإلى هذا أشار بقوله : (**وردَّ بأنَّ العَجْلانيَّ وغيْرَهُ لاعَنَ في الحَمْلِ**) .

اللخمي : وغيره : وليس هذا الرد بالبين ، لأن عويمر أو هلال بن أمية لم يكن سبب لعانهما إنكار الحمل ، وإنما كان السبب في لعانهما الرؤية ، نعم كانت امرأة العجلاني حاملاً لقوله ﷺ : « **إن جاءت به على وجه كذا ... وإلا فقد كذب عليها** » .

اللخمي : والخلاف إنما هو إذا لم تكن رؤية ، أو كانت ولم تقع بقذفها .

وَلو انْفَشَّ الْحَمْلُ لَمْ تَحِلَّ أَبَداً إِذْ لَعَلَّها أَسْقَطَتْهُ وكَتَمَتْهُ

هذه المسألة وقعت هنا في أكثر النسخ ، وسقطت من بعضها ، وتصورها ظاهر ، وقوله: (**إِذْ لَعَلَّها أَسْقَطَتْهُ وكَتَمَتْهُ**) ، نحوه في «المدونة» ، وتقديره أن التحريم على التأبيد ثابت لحصول سببه ، وهو اللعان ، ورافعه وهو انفشاش الحمل مشكوك فيه ، لاحتمال أن تكون أسقطته وكتمته ، فلا يؤثر هذا الشك في ذلك المحقق ، وظاهره وهو الذي صرح به ابن عبد الحكم ، أنه لو تحقق أنه انفش بحيث لا يشك في ذلك ، مثل أن تلازمها بينة ولا تفارقها إلى انقضاء أمد الحمل ، أن ترد إليه لزوال الشك ، قيل : وقول ابن عبد الحكم تفسير « للمدونة » .

وقال الباجي[1] : إذا قلنا برواية ابن القاسم: إنه يلاعن بظهور الحمل ، فتلاعنا ، ثم انفش الحمل ، لم يحد الزوج ، ولم تحل له أبداً ، قاله ابن المواز ، ووجه ذلك أن حكم اللعان قد ثبت بينهما ، فلا يزول بما يتبين من الكذب ، كما لو أقر الزوج بالحمل ، وفهمه ابن عبد السلام على أنه خلاف للأول ، وقال : الأول عندي أولى لأنه أوفق لقول مالك ؛ إن أراد الباجي بقوله تفسير قول مالك ، وفيه نظر ، ويمكن ألا يكون ما قاله الباجي مخالفاً لما قاله ابن عبد الحكم .

ولا يَجُوزُ أَنْ يَعْتَمِدَ عَلَى عَزْلٍ

لَمَّا قدم ما يعتمد عليه في نفي الحمل ، أخذ يتكلم هنا فيما يتوهم أنه مانع وليس بمانع، أي لا يجوز له أن يعتمد في نفي الحمل على عزل،لأنه قد يسبقه الماء ولا يشعر به .

ابن عبد السلام : وأشار بعض الشيوخ إلى اعتباره في الإماء .

---

(١) « المنتقى » (٥/٣٤٢) .

ولا مُشَابَهَةٍ لِغَيْرِهِ ولو بِالسَّوَادِ

لما في الصحيح عن أبي هريرة أن أعرابياً قال للنبي ﷺ : إن امرأتي قد ولدت غلاماً أسود ، وإني قد أنكرته ، فقال له النبي ﷺ : « **هل لك من إبل ؟** »، فقال : نعم ، فقال: « **ما لونها ؟** »، فقال : أحمر ، فقال : « **هل فيها من أورق ؟** »، فقال : نعم ؛ فقال له النبي ﷺ : « **فأنى هو يكون ؟** »، فقال : لعله يكون نزعه عرق ، فقال رسول الله ﷺ : « **وهذا لعله يكون قد نزعه عرق** »[1] زاد البخاري : ولم يرخص له في الانتفاء منه .

ابن عبد السلام : ففهم الأئمة من هذا الحديث أن الاشباه لا يعتمد عليها ، وأراد اللخمي أن يسلك بذلك مسلك التعليل ، وزاد : فألزم عكس العلة ، فقال : ولو كان الأبوان أسودان قدما من الحبشة ، فولدت أبيض ، فانظر هل ينفيه بذلك ، لأنه لا يظن أنه كان في آبائه أبيض ، أى لأنه لا يمكن أن يقال هنا: لعله عرق نزعه .

ولا عَلَى الْوَطْءِ بَيْنَ الْفَخِذَيْنِ إِنْ أَنزَلَ

لاحتمال أن يكون وصل من مائه شيء إلى الفرج ، قالوا : وكذلك الوطء في الدبر ، واستشكل الباجى[2] هذا ، فقال : يبعد عندي أن يلحق الولد من الوطء في غير الفرج ، ولو صح هذا لما جاز أن تحد امرأة يظهر بها حمل ولا زوج لها ، لاحتمال أن يكون من وطءٍ في غير الفرج .

ولا وَطءٍ بِغَيْرِ إِنْزَالٍ إِنْ كَانَ أَنْزَلَ قَبْلَهُ ولَمْ يَبُلْ

أى لاحتمال أن يكون بقى من الماء شيء ، في قناة الذكر ، ولهذا إذا بال جاز له الاعتماد ، لأنه لا يبقى شيء بعد البول .

ويُلاعِنُ الأَخْرَسُ بِالإِشَارَةِ والْكِتَابَةِ إِنْ فُهِمَ

كما يصح بيعه وشراؤه ونكاحه وطلاقه ، والزوجة الخرساء كذلك ، في « العتبية »[3]، في المرأة الصماء البكماء ، يقذفها زوجها ، أنها تلاعن بما يفهم منها بالإشارة .

---

(١) أخرجه البخاري (٤٩٩٩) ومسلم (١٥٠٠) .

(٢) « المنتقى » (٥/٣٤٣) .

(٣) « البيان والتحصيل » (٦/ ٤١٠) .

ويُلاعِنُ الأَعْمَى فِي نَفْيِ الْوَلَدِ وفِى الْقَذْفِ

لا إشكال في ملاعنته في نفي الولد ، وأمـا القذف فملاعنته فيه متـفق عليها من حيث الجملة ، لكن هـل يعتمـد على يقينه أو لا يعتـمد إلا على مـسيس الفرجين ؟ قـولان قد تقدما .

أَمَّا إِذَا تَبَيَّنَ انْـتِفَاؤُهُ عَنْهُ - بِأَنْ نَكَحَ مَشْرِقِـيٌّ مَغْرِبِيَّةً فَأَتَتْ بِوَلَدٍ مِـنْ غَيْرِ إِمْكَانِ وَطْءٍ أَوْ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ الْعَقْدِ ، أَوْ هُوَ صَبِيٌّ صَغِيرٌ حِينَ الْحَمْلِ ، أَوْ كَانَ مَجْبُوبًا - فَلا لِعَانَ

صورة ذلك أن يعقد المشرقي وهو في المشرق النـكاح على امرأة مغربية وهي بالمغرب ، ويتولى عقد النكاح بينهمـا إما أبوها وهي بكر أو وكيلها وهي ثيب ، وخالفنا في ذلك أبو حنيفة فألحق الولد ، وتمسك بعموم قوله تعالى : ﴿**وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ**﴾ وبقوله عليه الصلاة والسلام : « **الولد للفـراش** » (١) ،وخصص أهل المذهب الآية والحديث ، بما إذا كان الوطء ممكناً في العادة ، وقـوله (أقرب) ، وقوله : (**أَوْ كان لأَقَلَّ مِنْ سِتَّـةِ أَشْهُرٍ مِنَ الْعَـقْـدِ**) تقديره : أو كان الولد الذي أتت به غير السـقط ، لأقل من ستة أشهر من حين العقـد ، ينتفي بغير لعـان ، لأنه لا يمكن أن تضع لأقل من ستة أشهـر ، وقوله : أو هو صغير أو مـجبوب ، أي فينتفي الولد أيضاً عنهـما بغير لعان لعدم إمكان الحمل فـيهما في العادة .

فَإِنْ نَسَبَهَا إِلَى اسْتِكْرَاهٍ أَوْ وَطْءِ شُبْهَةٍ لاعَنَ لِنَفْيِ الْوَلَدِ ولَمْ تُلاعِنْ هِيَ إِذَا ظَهَرَ الْغَصْبُ

نحوه فـي « الجواهر »(٢) ، ولفظه : فلو نسبها إلى زنا هي مـستكرهة فيه ، التعن هو لنفي الولد ، ولم تلتعن هي إذا ظهر الغصب ، إذ يمكن أن يكون منه .

قال ابن عبد السلام : ظاهر هذا الكلام أنه لا يلاعن إلا إذا كان عن الغصب حمل ، أو كان يخشى ذلك ، فإن فقدا فلا لعان ، وظاهر الروايات خلافه ، ففي « المدونة »(٣) : إذا قذفها وقـد كانت وطئت غصباً التعن ، قـال غيره : وإن قذفها برؤية غـير الغصب تلاعنا جميعـاً ، فأما إن غصبت واستمرت حـاملاً ، ونفي الولد لم ينتف الولد إلا بلعان ، ولا تلاعن هي ، إذ تقول : إن لم يكن منك فمن الغاصب .

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٥٦٤) .

(٣) « المدونة » (٦/ ١١٧) .

ابن عبد السلام : فلم يتعرض ابن القاسم إلى الولد بوجه ، مع أنه أثبت اللعان ، واختلف الشيوخ في كلام غيره ، هل هو تفسير أو خلاف ؟ والأقرب أنه تفسير ، وأن ابن القاسم تكلم على ما إذا لم يظهر حمل عن ذلك الغصب ، وتكلم غيره على ما إذا ظهر ، واعلم أن المسألة على صورتين :

إحداهما : أن يظهر الغصب أو يثبت ، وهذه هي التي تكلم عليها المصنف .

اللخمي : وإذا ثبت الاغتصاب ببينة ، كان كثبوت الزناء ، فيختلف إن قال : ليس مني، وقد كنت استبرأتها ؛ هل ينفيه بلعان أو بغيره ؟ واختلف قول ابن القاسم إذا كذبته وقالت : هو منه ، وإذا كان الحكم لا ينتفي إلا بلعان ، فإن اللعان على الزوج وحده ، فإن نكل لم يحد ، وإن لاعن لم يكن عليها لعان ، لأنها تقول : يمكن أن يكون من الغاصب ، وأرى ألا ينتفي إلا بلعان ، لاتفاقهم إذا كانت الزوجة أمة أو نصرانية ، أنه لا ينتفي إلا بلعان ، وإن كان لا حد عليه في قذفها .

الصورة الثانية : ألا يثبت الغصب ولا يظهر ، وهي أيضاً تنقسم إلى صورتين ، الأولى أن تصدقه ، والثانية أن تنكر الوطء جملة ، فإن صدقته لم ينفه إلا بلعان ، وتلاعن أيضاً هي .

ابن المواز وابن عبد الحكم : وتقول : ما زنيت ، ولقد غلبت على نفسي ، وكذلك قال ابن القاسم ، وتقول : بالله إني لمن الصادقين ما أطعت ، وتقول في الخامسة : غضب الله عليها إن كانت من الكاذبين .

محمد : ويفرق بينهما ، فإن نكلت رجمت .

اللخمي : ولا نعلم لرجمها وجهاً ، لأن الزوج لم يثبت عليها في لعانه زنا ، وإنما أثبت غصباً ، فلا لعان عليها ، كما لو أثبتت البينة الغصب ، ولو لاعنته لم يفرق بينهما، لأنها إنما أثبتت بالتعانها الغصب ، وقد صدقها الزوج ، ولها أن تقول في الأربع : أشهد بالله إنه لمن الصادقين ، ولقد صدق ، وهذا خارج عما ورد في القرآن مما يوجب الحد بنكولها ، أو يوجب الفراق إن نكلت ، فإن قيل : لم قال ابن القاسم فيما إذا تصادق الزوجان على الغصب: إن الولد لا ينتفي إلا بلعان ، بخلاف ما إذا تصادقا على الزنا ؟ فالجواب أن الزانية لما كانت تحد لإقرارها بالزنا انتفت عنها التهمة ، بخلاف التي أقرت

بالغصب ، فإنه لا حد عليها ، فلم تصدق في رفع النسب ، قاله صاحب « النكت »[١] ، وأما الصـورة الثانيـة ، وهي إذا ادعى الغصب وأنكرته هى ، فـقال اللخـمى : على قول محمد يلتعنان جميعاً ، قال : والصواب إذا التعن أن لا لعان عليها ، لأن الزوج إنما أثبت في التعانه أنه اغتصاب .

فرعان :

الأول : إذا نكل الزوج عن اللعان مع ثبوت الغصب بالبينة ، وتصادقا عليه ، لم يحد، وكذلك إن ادعاه وأنكرته ، لأن محمل قول الزوج محمل الشهادة ، لا محمل التعريض ، قاله محمد وغيره .

الثاني : إذا قالت : كنت مغتصبة ، وقال : بل كنت طائعة ؛ هي مقرة بالوطء ، مدعية للغصب .

اللخمي : فعلى قول ابن القاسم ، تحد ، ولا لعان على الزوج ، وعلى قول أشهب ، لا تؤخذ بغير ما أقرت به ، ويلتعن الزوج ، فإن نكل لم يحد ، للاختلاف .

فَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً يُوطَأُ مِثْلُهَا لاعَنَ هُوَ دُونَهَا

أى : كانت الصغيرة المطيقة للوطء ، لا يخشى منها الحمل ، فقال ابن القاسم : يلاعن وإن نكل حُدَّ ، ولا لعان عليها ، لأنها لو أقرت بالزنا لم تحد ، وهو جار على المشهور أن من قذف صبية غير بالغـة يمكن وطؤها يحد ، وقال ابن الماجشون : لا حد على من قذف من لم تبلغ من الإناث ، فعلى هذا لا يـلاعن ولا يحد ، وخرج اللخمي ثالثـاً ، أنه يحد ولا يلاعن من أحد قولي مالك: إن اللعان إنما يكون لنفي الحمل خاصة .

وأما إن كانت في سن من يحـمل فله أن يلاعن بالاتفاق إن ادعى رؤية ، وهل يجب ؟ فعلى المشهـور يجب ، وعلى قول ابن الماجشون لا يجب ، وإذا التـعن وقف أمرها ، فإن ظهـر حـمل لم يلحق به ، ووجب عليـهـا اللعـان ، لأن الحـمل لا يصح إلا من بالغ ، وظهوره يبين أنها كانت بالغـاً يوم وطئت ، فإن نكلت حدت حد البكر ، لإمكان أن يكون بلوغها بعد إصابة الزوج وقبل الإصابة التي رمـاها بها ، ولو لم تقم هي بقذفها حتى ظهر الحمل ، وجب عليـها اللعان باتفـاق ، فإن نكل حد لأنه قـاذف لبالغ ، ولحق به الولد ،

---

(١) « النكت والفروق » (١/٢٧٨) .

وإن وجب عليها اللعان ، ونكلت حدت حد البكر ، وإن كانت ممن قعدت عن الحيض وادعى رؤية ، تلاعنا على قول ابن القاسم ، وأحد قولي مالك ، وعلى أن اللعان لنفي الحمل خاصة يحد الزوج .

وشَرْطُهُ في الْوَلَدِ أَلا يَطَأَ بَعْدَ الرُّؤْيَةِ أَوِ الْعِلْمِ بِالْوَضْعِ أَوِ الْحَمْلِ وأَلاَّ يُؤَخِّرَ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْوَضْعِ أَوِ الْحَمْلِ ....

أي : وشرط اللعان في نفي الولد ألا يطأها بعد الرؤية والعلم بالوضع أو الحمل ، لأن وطأها رضا منه بالبقاء ، والنفوس لا تطيق الكتمان في مثل هذا ، فإذا سكت دل ذلك على أن الولد منه .

وقوله : (**وأن لا يؤخر**) وشرطه إذا علم بالوضع أو الحمل ألا يؤخر رفعها ، فإن أخر ذلك ، قال في « المدونة »[١] : يوماً أو يومين لم ينفعه نفيه ، ويلحق به ، وتبقى له زوجة مسلمة كانت أو كتابية ، ويحد للحرة المسلمة ، ولا يحد للأمة ولا الكتابية ، قال فيها : وأما إن قدم من سفر فله أن ينفي الحمل ، وإن كان ظاهراً ، وقيد عبد الوهاب[٢] ذلك بما إذا لم يكن له عذر ، وأما في ترك الإنكار اليوم واليومين ، يريد أو أكثر فلا يدل ذلك على الرضا ، وهو ظاهر ، وخالف في ذلك ابن القصار ، فقال : إذا أخر ذلك حتى وضعت ، وقال : رجوت أن يكون ذلك ريحاً فأستريح منه ، فله ذلك ، إلا أن يجاوز ثلاثة أيام بعد الوضع ، أو يظهر منه ما يدل على الرضا ، مثل أن يقبل التهنئة قبل الثلاث، وقيد المصنف الشرط بالولد ، لأن بعضهم حكى في الرؤية إذا لم يكن عنها حمل، أن السكوت الطويل لا يمنع من اللعان ، وإنما يمنع منه الوطء ، وروى محمد وابن حبيب عن ابن الماجشون ، أنه إذا ادعى رؤية قديمة ، ثم قام بها الآن ، ألا يقبل قوله ، ويحد لأن سكوته حين رؤيته دليل على كذبه ، وذكر ابن شعبان أنه إذا لم يقم حين رآها يحد ، وإطلاق المصنف الشرط على هذا ، هو اصطلاح الفقهاء ، لأنهم يرون كل ما يوقف عليه الشرط يسمى شرطاً وإلا فأهل الأصول يرون مثل هذا مانعاً ، ويقولون كل ما يشترط عدمه ، فوجوده مانع .

---

(١) « المدونة » (٥/٣٩٣) .

(٢) « المعونة » (١/٦١٥) .

وَصفَتُـهُ أَنْ يَقُولَ أَرْبَعَ مَرَّات : أَشْـهَدُ بِاللَّه - وَقَالَ مُحَـمَّدٌ : يَزِيدُ الَّذِي لا إِلَهَ إِلا هُوَ - لَرَأَيْتُهَا تَزْنِي ، وقِيلَ : ويَصِفُ كَالشُّهُودِ ، وقِيلَ : يَكْفِي لَزَنَتْ عَلَى الْخِلافِ الْمُتَقَدِّمِ ....

أي : وصفة اللعان أن يشهد الرجل أربع مرات ، فـيقول : أشهد بالله ، وقيل : يجوز أن يقول : أقسم بالله ، وأشهد بعلم الله ، وقـال بعضهم : ويجزئ بعزة الله ، وإذا أجازه بالصفة ، فأحرى بأسمائه تعالى .

المازري : والمنصوص أنه لا يجزئ في أسمائه إلا بالله ، وزاد محمد بعد قوله : أشهد بالله : الذي لا إله إلا هو ، وزاد ابن كنانة في « المجـموعة » على زيـادة محمـد : عالم الغيب والشـهادة الرحمن الرحـيم ، قال في « المجـموعة » : يقـول ذلك في اللعان وفي القسامـة وفي ربع دينار فصاعداً ، وعن أشـهب إن لم يزد : الذي لا إله إلا هو لا يجزئه ذلك .

وقوله : (**لَرَأَيْتُهَا تَزْنِي** . . . إلخ) ، على القول بأنه يعتمد على مطلق الرؤية ، ويقول في يمينه : أشـهد بـالله لرأيتهـا تزني ، وعلى القـول بأنه لا يعـتمـد إلا على الوصف ، كالشـهود ، يقول : رأيتـها تزني ، يلج فرج الرجـل في فرجها ، كـالمرود في المكحلة ، وعلى القول بأنه يعتـمد على يقينه كالأعمى ، يقـول في يمينه : أشهد بالله لزنت ، وهذا معنى قوله : علـى الخلاف المتقدم ، وظاهر كلام المصنف أنه اخـتلف ابتداء ، هل يزيد : الذي لا إله إلا هو ، وظاهر ما حكاه غيره ، أنه يقوله ، وإنما الخلاف إذا تركه .

خليل : وفيه نظر ، وقد ذكر المتيطي وابن شاس(١) القولين كالمصنف .

ابن عبد السلام : وسكت المؤلف هل يقول مع كل مرة إني لمن الصادقين ، وذكر أصبغ عن ابن القاسم أنه يقـول في كل مرة ، أشهد بالله إني لمن الصادقين لـرأيتها تزني ، وهذا أسعد بظاهر الآية .

وفِي نَفْيِ الْحَـمْـلِ : لَزَنَتْ ، أَوْ : مَـا هَذَا الْحَـمْلُ مِنِّي ، وقِـيـلَ : لابُدَّ مِنْ ذِكْـرِ سَـبَبِ الاعْتِمَادِ كَالأَوَّلِ ، ويَقُولُ فِي الْخَامِسَةَ : أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ

أي : ويقول الرجل في نفي الحمل : لـزنت ، وهذا مذهب «المدونة» ، وقوله : (**أَوْ : مَا هَذَا الْحَمْلُ مِنِّي**) ، هو قول محمد ، واستحب في «الموازية» و«العتبية »، أن يزيد بعد

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٥٦٤) .

قوله : ما هذا الحمـل مني ، لزنت كالمرود في المكحلة ، وقوله : (**وَقِيلَ : لابُدَّ مِنْ ذِكْرِ سَبَبِ الاعْتِمَادِ**) هذا القول نقله ابن شعبان ، فقال : وقال بعض أصحابنا : ويقول : لقد استبرأت .

اللخـمي : وأرى أن يكون اللعان مبنيا على الوجـه الذي ينفي به ذلك الولد ، فيثبت ذلك في لعانه ، وقـد اختلف في الوجه الذي بـه يكون النفي ، هل الاستبـراء بانفراده أو الرؤية بانفـرادها ، أو بمجمـوع ذلك ؟ فمن أجـاز نفـيه بالاسـتبـراء فقط أثبت في لعـانه الاستبراء ، وعلى الرؤية يثـبتها فقط ، وعلى القول بأنه لابد من الجمـيع يثبت الجميع في لعانه ، قوله : (الأولى) سقط هذا من بعض النسخ ، وثبت في نسـخة ابن عبد السلام ، فقال : ومراده كالصورة الأولى التي فوق هذه ، ووقع في أكثر النسخ كالأول ، أى كالفرع الأول ، كما كـان في الزنا ، لابد أن يذكر معتمـده في الرؤية ، فكذلك هنا لابد أن يذكر الاستـبراء ، وانظر مذهب « المدونة » بأنه لا يلزم من قـوله : زنت ، أن يكون الحمل من غيره .

قوله : (**وَيَقُولُ فِي الْخَامِسَةِ : أَنَّ لَعْنَةَ اللهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ**) هو نص الآية ، وأتى المصنف بـ (أَنَّ) تبعاً للآية الكريمة و « المدونة » ، وفي « الجلاب »[١] و«الكافى»[٢]: لعنة الله عليه من غير (أن) ، وعلى هذا فلا يكون ذكر (أن) واجباً ، ولكن ينبغي أن يكون أولى .

وَتَقُـولُ الْمَـرْأَةُ أَرْبَعَ مَـرَّات : أَشْهَـدُ بِاللهِ مَـا رَآني أَزْنِي ، أَوْ مَـا زَنَيْتُ أَوْ لَقَـدْ كَـذَبَ لِلْجَـمِيعِ، فِي نَفْيِ الْحَـمْلِ : مَا زَنَيْتُ – لِلأَوَّل – وَإِنَّهُ مِنْهُ – وَقِـيلَ: وَتَعْكِسُ – وَلَقَـدْ كَذَبَ لِلْجَمِيعِ ؛ وَفِي الْخَامِسَةِ : أَنَّ غَضَبَ اللهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ

أي : وتقول المرأة في القذف أربع مرات : أشهد بالله ما رآني أزني .

(**لِــلأَوَّل**) ، أى القول الأول ، وهو مـذهب « المدونة » الذي تقدم ، أعـني قوله : (**لرأيتها تزني**) ، وقوله : (**مَا زَنَيْتُ**) ، هذا على القول بأنه يكتفي بقوله : (**لزنت**) .

وقوله : (**وَفِي نَفْيِ الْحَمْلِ**) أى وتقول في نفي الحمل : (**مَا زَنَيْتُ**) ، على مذهب «المدونة » (**وَإِنَّهُ مِنْهُ**) على قول ابن المواز .

---

(١) « التفريع » (٢/٤٦) .

(٢) « الكافي » (ص / ٢٨٨) .

قوله : (**وقيل للجميع وتعكس**) ، أي وقيل : يفتقر الرجل للجميع وتعكس المرأة ، وذلك أنه قدم أنه يكتفي على المشهور بقوله : لزنيت ، وأنه يكتفي على قول محمد ، بـ(**ما هذا الحمل مني**) ، وهذا القول يرى أنه لابد منهما ، وهو لأصبغ ، ونصه على نقل اللخمي : وقال أصبغ : يقول أشهد بالله لزنت ، وما هذا الحمل مني ، وتقول هي : ما زنيت وإنه لمنه ، ويمكن أن يكون قوله : (**وقيل للجميع وتعكس**) ، أن ذلك خاص بالمرأة ، ويكون التقدير : وقيل تفتقر المرأة للجميع وتعكس ، وذلك أنه قدم أنها تقول على مذهب «المدونة »: ما زنيت ، وعلى قول محمد : (**وإنه منه**) أي وقيل على كلا القولين لابد أن تثبت مجموع اللفظين ، لأنه إذا قال : زنت ، لزم منه نفي الحمل ، وإذا قال ، على قول محمد ، ما هذا الحمل مني ، لزم منه الزنا ، فترد ما ادعاه عليها تصريحاً والتزاماً ، غير أنها تقدم في لفظها ما ذكره تصريحاً ، فإذا قال على مذهب « المدونة » : لزنت ؛ تقول هي : ما زنيت وإنه منه ، وإن قال على مذهب محمد : ما هو مني ؛ تقول هي : إنه منه ، وما زنيت ، فيكون ، وتعكس على هذا التقدير ، ما كان مؤخراً على القول الآخر ، ولم أر نقلاً يساعد هذا الوجه ، فليعتمد على الأول ، وقوله : (**ولقد كذب للجميع**) أي لجميع الأقوال ، أي سواء قال : لزنت وما هذا الحمل مني ، أو ذكرهما .

قوله : (**وفِي الْخَامِسَةِ**) ، تصوره ظاهر ويقول الرجل : أن لعنة الله ، متصلة بيمينه الخامسة ، وكذلك المرأة ، ولا يفرد اللعنة بيمين لئلا يحلف ستة ، قاله ابن القاسم .

وَيَتَعَيَّنُ لَفْظُ الشَّهَادَةِ وَاللَّعْنِ وَالْغَضَبِ بَعْدَهَا

يعني : يتعين أن يقول كل واحد منهما : أشهد ، ولا يجزئ أحلف ولا أقسم على المشهور كما تقدم ، ويتعين اللعن في حق الرجل والغضب في حق المرأة ، هكذا قال عبد الوهاب في « شرح الرسالة » ، أن النظر يقتضي ألا يجزئ إذا بدل اللعنة بالغضب ، وبالعكس .

أصبغ : وإن قال في الخامسة مكان (إن كنت من الكاذبين) ، (إن كنت كذبتها) ، أجزأه، وإن قالت المرأة في الخامسة ، مكان إن كان من الصادقين : إنه لمن الكاذبين أجزأها، وأحب إلينا لفظ القرآن .

الباجي[١] : فأشار إلى أن لفظ اللعان غير متعين إلا أن لفظ القرآن أفضل ، وظاهر قول ابن وهب في « الموازية » أنه يتعين بلفظ القرآن .

ابن عبـد السلام : وأشار بعض أهل المعاني إلى أن الغضب أشد ، فعلى هذا إن أبدلت المرأة الغضب باللعنة لم يجزها ، وأعادت الخامسة على سنتها ، وإن أبدل الرجل أجزأه ، فإن قلت : لم اختص الرجل باللعنة واختصت المرأة بالغضب ، قيل لأن قاعدة الشرع المجازاة على الفعل من جنسه ، يشهد لذلك قوله تعالى : ﴿ **فَأَمَّا مَنْ أَعْطَىٰ وَاتَّقَىٰ** ﴾ إلى آخرها [الليل:٥] ، وما ورد في الحديث : « **من قتل نفسه بشيء عذب به يوم القيامة** »، «**ومن حلف باللات والعزى فليقل لا إله إلا الله** »،« **ومن قال لصاحبه : تعال أقامرك ، فليتصدق** » لأن الحلف بغير الله يتضمن تعظيمه ، فكانت كفارته التوحيد ، وقد قصد إخراج مال في غير وجه ، فكانت كفارته أن يخرج مالا في وجهه ، ولما كان الزوج مبعداً لزوجته ونسبه ، ناسب أن يذكر اللعنة ، ولما كانت المرأة مغضبة لزوجها ووليها وأهلها ، ناسب أن تذكر الغضب ، والله أعلم .

فَلَوْ بَدَأَتِ الْمَرْأَةُ بِاللِّعَانِ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : لا يُعَادُ ، وقَالَ أَشْهَبُ : يُعَادُ

لا خلاف أن الرجل يبدأ باللعان ، وهو الذي دلت عليه الآية ، ووقع في حديث عويمر، وذكر عبد الوهاب[٢] أن المذهب فيها إذا أخطأ ، وقدم المرأة إعادتها ، ونقل ابن الكاتب واللخمي وصاحب « البيان » [٣]عن ابن القاسم وأشهب مثل ما نقله المؤلف ، وجعل في البيان منشأ الخلاف ، هل تقديم الرجل واجب أم لا ، وقاس أشهب عدم الإجزاء على ما إذا حلف الطالب قبل نكول المطلوب ، فإنه لا يجزئ ، واختار ابن الكاتب واللخمي قول أشهب .

قال في « البيان »[٤] : والخلاف إنما هو إذا حلفت المرأة أولاً كما يحلف الرجل ، لا على تكذيب أيمانه ، فقالت : أشهد بالله إني لمن الصادقين ما زنيت ، وأن حملي هذا منه، وقالت في الخامسة ، غضب الله عليها إن كانت من الكاذبين ، فهاهنا قال ابن

---

(١) « المنتقى » (٥/٣٤٣) .

(٢) «المعونة» (١/٦١٦) .

(٣) « البيان والتحصيل » (٦/ ٤٢١) .

(٤) « البيان والتحصيل » (٦/ ٤٢١) .

القاسم: يلتعن الرجل فيقول : أشهد بالله إنها لمن الكاذبين ، ولقد زنت وما هذا الحمل مني ، ويقول في الخامسة : لعنة الله عليه إن كانت من الصادقين ، وأما إن حلفت المرأة أولا ، فقالت : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين ، وقالت في الخامسة : غضب الله عليها إن كان من الصادقين ، فلا خلاف بين ابن القاسم وأشهب في إعادة المرأة ، لأنها حلفت على تكذيب أيمان الزوج ، وهو لم يتقدم له يمين ، انتهى .

فإن قلت : لم خولفت القاعدة في اليمين هنا وفي القسامة ، لأن الزوج وأولياء المقتول مدَّعون ، والقاعدة إنما يحلف أولا المدَّعى عليه ؟

قيل : أما الملتعن فإنه مدع ومدعى عليه ، ولذلك يحلف هو والمرأة ، وبدئ باليمين لأنه لما قذفها طالبته بحقها ، احتاج لذلك أن يحلف ، إذا صار مدعى عليه الحد ، وأما أولياء المقتول فإنهم مدعى عليهم حكماً ، وإن كانوا مدعين في الصورة ، فإن المدعى عليه من ترجح قوله بمعهود أو أصل ، وهم كذلك ترجح قولهم باللوث ، والله أعلم .

وَيَجِبُ فِي أَشْرَفِ أَمْكِنَةِ الْبَلَدِ

نحوه في « الجواهر »[1]، وكذلك قال الباجي[2] وابن راشد : إن التغليظ بالمكان شرط؛ لأنها يمين فيما له بال تحتاج إلى التغليظ ، فكان من شرطها أن تغلظ بالمكان كاليمين في الحقوق ، وعليه جماعة العلماء ، هذا نص كلامهما ، وهو مقتضى كلام عياض وغيره، وقال ابن عبد السلام : ليس هذا واجب ، بل أولى ، وعبارة المتقدمين كما في «المدونة»[3]: ويلتعن في المسجد ، ولم يشترط عبد الملك المسجد ، بل قال : يكون عند الإمام أو في المسجد عن أمر الإمام ، خليل : وفيه نظر لما ذكرناه عن الباجي وغيره .

وَبِحُضُورِ جَمَاعَةٍ أَقَلُّهَا أَرْبَعَةٌ

لقول سهل : فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ ، لكن إنما يتم الاستدلال بهذا الحديث أن لو ثبت أنه عليه الصلاة والسلام أحضرهم ، أما إن كان حضورهم اتفاقيا فلا ، وأما أن أقل العدد أربعة ، فلاحتمال نكول الزوجة الموجب للحد ، أو إقرارها فلا يتم الحكم إلا بأربعة شهداء ، على أحد القولين عندنا .

---

(١) « الجواهر » (٢/٥٦٥) .

(٢) « المنتقى » (٥/٣٤٤) .

(٣) « المدونة » (٦/١٠٧) .

وفِي إِثْرِ صَلاةٍ قَوْلانِ ، عَنْ مَالك : بَعْدَ الْعَصْرِ أَحَبُّ إِلَيَّ

اختلف قوله في « المدونة » في ذكر الوقت في هذه المسـألة ، فنفاه في باب الأقضية ، وقال في اللعان : عـند الإمام دبر الصلاة ، واختلف هل هو اختـلاف قول أو أراد بالنفي الصلاة المعينة ، وبالإثبات الصلاة غـير المعينة ، ووقع لمالك في « الموازية » : هو جائز في كل وقت .

الباجي [(١)]: والتغليظ بالوقت ، أي في كونه بإثر صلاة مستحب، وقال ابن الماجشون : لا يكون إلا بإثر صلاة ، وكأنه جـعل ذلك شرطاً كالمكان ، وإذا قلنا بإثر صلاة فمـقتضى كلامه في « المدونة » في اللعان عدم التعيين ، وكذلك قال في غير « المدونة » عن مالك ، بإثر مكتـوبة أحب إليَّ ، قـال : وكـذلك عندنا بإثر العـصـر ، وليس بسنة ، وقـال ابن شعبان: بإثر العصر والصبح ، وقيل: بعد الـظهر أو العصر ، وقال سحنون : بعد العصر سنة ، واستحسنه جماعة لما في الصحيح من حديث أبي هريرة عنه عليه الصلاة والسلام : « **ثلاثة لا ينظر الله إليهم يوم القـيامة ولا يزكيهم ولا يكلمـهم ولهم عذاب أليم ، رجل كان له فضل مـاء بالطريق فمنعه ابن السـبيل ، ورجل بايع إماماً لا يبايعه إلا لدنيـا ، فإن أعطاه منها رضى وإن لم يعطه منها سـخطه ، ورجل أقام سلعته بعد العـصر ، فقال : والله الذي لا إله إلا هو لقد أعطيت فيها كذا وكذا فصدقه** » .

عياض : وسنة اللعان أن يكون مشهوراً بحضرة الناس ، وحضرة الإمام ، أو من يستنيبه لذلك من الحكام ، قال : وهذا إجماع أنه لا يكون إلا بسلطان ، وقال اللخمي : لا يبعد أن يكون عند الفقيه الجليل .

ابن عبد السلام : يريد عن أمر الإمام والقاضي .

ويُسْتَحَبُّ تَخْوِيفُـهُمَا -وخُـصُوصاً عِنْـدَ الْخَامِسَـةِ - ويُقَالُ : إِنَّهَا مُـوجِبَـةُ الْعَذَابِ ، وعَذَابُ الدُّنْيَا أَهْوَنُ مِنْ عَذَابِ الآخِرَةِ ....

قـوله : (**ويُقَالُ : إِنَّـهَا**) ، أي يقال لهما : هذه الخامسـة هي موجبة العذاب ، لما في الصحيح : **أنه عليه الصلاة والسلام تلا آية اللعان على الملاعن** ، ووعظه وذكره وأخبره أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، قال : لا والذي بعـثك بالحق ما كذبت عليها ، ثم

---

(١) « المنتقى » (٥/٣٤٤) .

دعاها فـوعظها وذكـرها وأخبـرها أن عذاب الدنيـا أهون من عذاب الآخـرة ، قالت : لا والذي بعثك بالحق إنه لكاذب ، وفي النسائي **أنه عليه الصلاة والسلام أمر رجلاً حين أمر المتلاعنين أن يتلاعنا أن يضع يده على فيه عند الخامسة** .

ويُؤَخَّرُ لِعَانُهُمَا مَعاً وفِي الْمُخْتَصَرِ لِعَانُهَا لِلْحَيْضِ والنِّفَاسِ كَمَا يُؤَخَّرُ طَلاقُهَا لِلإِعْسَارِ والْعُنَّةِ بِخِلافِ الإِيلاءِ ، وَرَوَى أَشْهَبُ : والإِيلاءُ ....

أخر اللعان للحيض ، وإن لم يـكن طلاقها للمشهور ، قيـاساً على منع الطلاق فيه ، بجامع تطويل العدة ، ومراعاةً لقول من قال: إن الفرقة فيه طلاق (**بِخـلافِ الإِيلاءِ**) أي فلا يؤخـر التطليق له للحيض ، لئـلا يزاد فيما أجـله إليه من الأربعة أشـهر ، ولعله يريد «بالمختصر »، « مختصر ابن أبي زيد » ، لا « مختصر ابن عبد الحكم » ، فإن هذه المسألة مشهورة عنه ، وينبغي إذا التعن هو على ما في «المختصر» أن تسجن هي لأنها مطلوبة بحد الزنا ، إن نكلت كما كان مطلوباً بحدِّ الـقذف ، وحد الزنا آكد ، على أن الباجي لم يسق ما في «المختصر» على أنه خلاف ، بل نقله عن الأصحاب ، وكذلك ساقه ابن يونس على جهة التفسير .

فرع :

قال الباجي[1] : فإن كان مريضاً أو كانت مريضة أرسل الإمام إلى المريض منهما ، رواه في «العتبية» أصبغ عن ابن القـاسم ، ووجه ذلك أنه حكم من سنته التعجيل ، والمرض لا يدري له غاية ، فيسقط التغليظ بالمكان للضرورة .

ولَوْ قَذَفَهَا بِأَجْنَبِيٍّ حُدَّ لَهُ عَلَى الْمَشْهُورِ

يـعـنـي : إذا سمـاه ، فقال : رأيتهـا تزني مع فلان ، فإنه يـحد لذلك الأجنبي على المشهور.

البـاجي [2] : ولا يخلصه من ذلك اللعان مع الزوجة ، خلافـاً للشافعية ، ودليلنا أنه شخص لا يجب عليه الحد بالتعان الزوج ، فلم يسقط حده بالتعانه ، كالمرأة الأجنبية ، أما لو حد للرجل المسمى ، فقال سحنون : يسقط عنه اللعان .

(١) « المنتقى » (٥/ ٣٤٤) .
(٢) « المنتقى » (٥/ ٣٤٤) .

الباجي[١] : ووجهه أن من حد لقذف دخل فيه كل قذف ثبت عليه قبل ذلك الحد ممن قام به ومن لم يقم به ، ومقابل المشهور لم أراه معزوا ، ووجهه أنه قذف شخصين قذفاً واحداً ، وقد جعل الشرع اللعان يقوم مقام الحد ، ولو حد لأحدهما سقط عنه الحد للآخر ، وأيضاً فإن هلال بن أمية رمى زوجته بشريك بن سحماء ، فلاعن ولم يحد له ، وأجيب عن هذا بأنه لم يطلبه ، وهو صحيح على الأصح ، لأنه حق لآدمي .

فرع :

وأما إن لم يسم الرجل ، فالمذهب أنه لا حد عليه ، خلافاً للشافعي في أحد قوليه لنا : إن حد القذف لا يجب استئنافه إلا بمطالبة مستحقة ، والمجهول لا يستحق المطالبة ، فكان كمن قال رأيت رجلاً يزني .

وعَلَى حَدِّهِ - مَعَ وُجُوبِ إِعْلامِهِ - قَوْلانِ

أي : وإذا فرعنا على المشهور من أنه يحد ، ففي « الجواهر »[٢] : ليس على الإمام أن يعلمه ، وروى أن ذلك عليه ومنشأهما : هل الحد حق لله فلا يجب إعلامه ، أو حق للآدمي فلابد من إعلامه ؟ وهو الأقرب ، أما أولاً فلأنه قد يعترف فيسقط الحد ، وأما ثانياً ، فلأن الأصح أنه من حقوق الآدميين ، بدليل أنه يورث ويسقط بالعفو ، قبل بلوغ الإمام ، فإن قيل: هذا معترض لأنه هنا قد بلغ الإمام ، فالجواب أنه ولو بلغ الإمام ، فإن له العفو إذا أراد ستراً على نفسه على ظاهر المذهب ، فإن بعض من رأى وجوب إعلامه ، وهذه المسألة إحدى المسائل التي استثنيت من النميمة .

ولَوْ لاعَنَهَا ثُمَّ قَذَفَهَا لَمْ يُحَدَّ عَلَى الأَصَحِّ

تصور المسألة من كلامه واضح ، والأصح مذهب محمد ، قال : لأنه إنما لاعن لقذفه إياها ، والقول بوجوب الحد نقله عياض عن ابن نافع ، ونسبه في « المدونة » لربيعة ، وفي « الموازية » لابن شهاب ، لأنه قذفها وليست بزوجة ، واختاره التونسي .

فإن قلت : ما قاله المصنف هنا مخالف لما قاله في القذف ، ولو حد ثم قذفه ثانياً حد ثانياً على الأصح .

---

(١) « المنتقى » (٥/٣٤٥) .

(٢) « الجواهر » (٢/٥٦٨) .

قيل : وقد فـرق ابن الكاتب بين المسألتين ، بأن المتلاعنين أحـدهما كاذب ، إلا أنه لا يدري من هو منهما ، فإذا قال الزوج : ما كنت إلا صادقاً لم يحد ، إذ لعله كان صادقاً ، والقاذف إنما حد تكذيباً له ، فإن قال : كنت صادقاً ، فـهو قذف مبتدأ ، فوجب أن يُحدَّ تارة أخرى ، والله أعلم .

ومَتَى اسْتَلْحَقَ الْمَنْفِيَّ لَحِقَ وحُدَّ ، إلا أَنْ تَكُونَ زَنَتْ بَعْـدَ اللِّعَانِ فَلا يُحَدُّ ، وقِيلَ : إِنْ كَانَ المنفيُّ عَنْ قَذْفِهَا بِالزِّنَا ....

لأن استلحاق الولد بـعد نفيه إقرارٌ منه بالكذب فـيما رماها به ، فـيحدّ ، إلا أن تكون زنت بعد اللعـان ، فحـينئذ لا يحد ويصـير كمن قـذف عفيـفا ، فلم يحـد له حتى زنى المقذوف فإنه يسقط الحد عن القاذف ، وهذا مذهب « المدونة » .

قوله : (وقِـيلَ) هذا القول لابن المواز ، يعني يحد على القول الأول مطلقاً ، سواء كان لاعـن لنفي الحمل أو الرؤية ، وقـال محـمد : إنما يحـد إذا لاعن لنفي الولد ، لأنه كذب نفـسه باستلحاقـه ، وأقر بأن لعانه كـان باطلاً ، قال محمـد : وأما إن ادعى الرؤية بانتفاء الحمل والتعن لهما معاً فلا يلزم من تكذيب نفسه في الحمل تكذيبه في الرؤية ، فقد بقى للعانه محمل وهو الرؤية ، هذا نص قوله : وعلى هذا فيكون قوله : وقيل : إن كان المنفي عن قذفها بالزنا ، أى فلا يحـد ، وقوله : بالزنا ، أى سواء كان الزنا بمفرده أو مع نفي الحمل ، وأما إذا كـان اللعان لنفي الولد فقط ، فإنه يحـد ، وهذا خلاف ظاهر كلام المصنف ، على أنه يمكن أن يقال: إن قوله : (وقِيلَ) ، راجع إلى قوله : (فَلا يُحَدُّ) ، أى قيل: لا يحد إن كان المنفي عن قذفها بالزنا .

وشَرْطُ الْمُلاعنَة أَنْ تَكُونَ زَوْجَةً مُكَلَّفَةً - فَتُلاعِنُ الذِّمِّيَّـةُ فِي كَنِيسَتِهَا - لا فِي الْمَسْجِدِ - لِرفْعِ اللعان ، فِإِنْ أَبَتْ أُدِّبَتْ ....

احترز بالزوجة من الأمة ، وبالمكلفة من الصغيرة ، فإنهما لا يتلاعنان ، نعم يلاعن هو إذا كانت ممن يوطأ مثلها ، كما تقدم ، وقوله : (فَتُلاعِنُ) ، جعله كالنتيجة عما قبله ، وفي إدخـاله الذمـية تحت المكـلفة تسـامح ، لأنه إن أدخلهـا لأجل أنهـا مكلفـة بالأيمان بالاتفاق، وهو تكليف مـقيد فيسـتلزم التكليف المطلق فغير بين ، لأنـه إن أريد ذلك المقيد بخصوصيته ، منع ذلك من تكليفها بغيره ، وإن أدخلها على القول بتكليفهم بالفروع على

معنى أنهم يؤخذون بها في الدنيا ، فهذا مال إليه بعض المتأخرين ، لكن الذي قاله غير واحد أن أثر التكليف إنما يظهر في الآخرة بتضعيف العذاب ، والبيعة لليهودية ، كالكنيسة للنصرانية ، وإنما لاعنت في الكنيسة لأنها هي التي تعظم ، والقصد التغليظ على الحالف ، ولأن الكافر ممنوع من دخول المسجد .

ومعنى قوله : (فَتُلاعِنُ الذِّمِّيَّةُ) أي إذا أجابت .

مطرف : معنى قول مالك في المسلم تحته النصرانية ، فينفي حملها ، إنما يتلاعنان ، يعني إن طاوعته ، ولا تجبر ، لأنها لو أقرت بالزنا لم تحد .

وقوله : « لرفع [اللعان][1] » : يعني أن ثمرة لعانها مخالف لثمرة لعان المسلمة ، لأن المسلمة يلزمها الحد بالنكول ، بخلاف الذمية ، فإنها لا تحد ، ولو شهد عليها أربعة بالزنا، وإنما أدبت لإذايتها زوجها المسلم .

قال في « الجواهر »[2] : وإذا التعنت انقطع النكاح ، وإن أبت فهما على الزوجية ، وترد إلى أهل دينها بعد العقوبة لأجل خيانتها زوجها في فراشه ، وإدخالها الالتباس في نسبه ، وهكذا روى مطرف عن مالك ، أنها إذا نكلت ترد إلى أهل دينها ، ولهذا قال صاحب « النكت »[3]: إنما فرق بين الصغيرة ، وقال: إنها لا تلاعن ، وبين الكتابية ، وقال: إنها تلاعن ، مع أن كلتاهما لو نكلت أو أقرت لم تحد ، لأن النصرانية قد يتعلق عليها بإقرارها ونكولها حد عند أهل ملتها ، لأنها مردودة إليهم .

وَالطَّلاقُ الرَّجْعِيُّ لا يَمْنَعُ فِي الْعِدَّةِ ، وفِي الْبَائِنِ قَوْلانِ

كلام المصنف هنا باعتبار الرؤية ، لا باعتبار نفي الولد ، فإنه سيذكر اللعان باعتبار نفي الولد ، يعني أن من طلق زوجته طلاقاً رجعيا ، ثم ادعى أنه رآها تزني ، فإنه يلاعن ، ولا يمنع من اللعان طلاقه ، لأن المطلقة طلاقاً رجعيا في حكم الزوجة ، وأما إن كانت في عدة طلاق بائن ، فحكى المصنف قولين ، وحكى الباجي[4] وصاحب « البيان »[5] ثلاثة

(١) في ط : العار .

(٢) « الجواهر » (٢/٥٦٨) .

(٣) « النكت والفروق » (١/ ٢٨٠) .

(٤) « المنتقى » (٥/ ٣٤٥) .

(٥) « البيان والتحصيل » (٦/ ٤٢٣) .

أقوال ، قال ابن القاسم : وروى ابن وهب عن مالك : يلاعن ، يريد لأن العدة من توابع الزوجية ، وقـال ابن المواز : يحد ولا يلاعن ، لأنها أجنبية ، وقال المغـيرة : لا يحد ولا يلاعن ، وإليه مال سحنون ، قال في « الموطأ »(١) وغيره : ولو ادعى بعد أن طلقها البتة، أنه رآها تزني قبل أن يطلـقها ، فإنه يحـد ولا يلاعن ، وقال في «كتـاب أبي الفرج»: إنه يحد إلا أن يظهر بها حمل فينفيه فيلاعن ، وقال ابن المواز: أحب إليَّ أن ينظر ، فإن تبين أن لا حمل بها حد ، وإن ظهر لاعن .

البـــاجي : هذا مبنـي على قول ابن المواز: إن المطلق بائناً لا يلاعن إلا لنـفي الحمل ، وتقدم لابن القاسم وغـيره أنه يلاعن ، والخلاف بين أبي الفرج وابن المواز في تأخـير الحد بعد القذف ، فأبو الفرج يعجل بالحد ، لأن من قذف وادعى المخرج لا يمهل ، وابن المواز يؤخر ، بخلاف الأجنبي ، لحاجة الزوج له دون غيره .

وتُلاعِنُ ولَوْ تَزَوَّجَتْ إن كَانَ القَذْفُ سَابقاً ورَفَعَتْهُ

يصح أن يقـرأ (يلاعن) باليـاء من أسفل ، وبالتـاء من فـوق ، فإن المطلق والمطلقـة ، يتلاعنان إذا كان قـذفها بالزنا ، وهي في عصـمته ، ثم طلقهـا ورفعته بعـد ذلك ، فقوله (**سَابقاً**) أي سابقاً للطلاق .

فرع : قال في «الجواهر» : إذا قذف أجنبية ثم نكحها وقذفها فلاعن ، اندفع الحد .

وأَمَّا نَفْيُ الْوَلَدِ فَيَجْرِي فِي كُلِّ مَنْ يَلْحَقُهُ وَلَدُهَا حَيَّةً أَوْ مَيِّتَةً إلا مِلْكَ يَمينه

هذا مما يبين لك أن كلامه أولاً إنما هو باعتبار الرؤية ، ويدخل في قوله : (**مَنْ يَلْحَقُهُ وَلَدُهَا**) من في عصمته أو طلقها طلاقاً رجعيا أو بائناً ، سواء خرجت من العدة أم لا ، ما لم تجاوز أقصى أمد الحمل ، وقوله : (**إلا مِلْكَ يَمينه**) أي فلا لعان في ذلك .

فَلَوْ قَذَفَهَا بَعْدَ الْعِدَّةِ ولا حَمْلَ حُدَّ

أي : قذفها برؤية الزنا ، قيل : ولا خلاف في ذلك .

وإن اشْتَـرَى زَوْجَتَهُ ثُمَّ ظَهـرَ حَمْلٌ فَإِنْ وَلَدَتْه لأَقَلَّ مِنْ سِـتَّة أَشْهُرٍ فَـحُكْمُهَا فِـيه حُكْمُ الزَّوْجَةِ ، وإِنْ وَلَدَتْهُ لِستَّة فأكثر فَحُكْمُهَا حُكْمُ الأَمَةِ ....

---

(١) « الموطأ » (٢/٥٦٧) .

لما قدم أن اللعان في الزوجة دون الأمة ، ذكر هذه لأنها مركبة من القسمين ، وهي إذا اشترى زوجته ثم ظهر بها حمل ، قال في « النوادر »[1] : ولو اشترى زوجته ثم ظهر بها حمل فإن علم أنها كانت يوم الشراء حاملاً ، لم ينفه إلا بلعان ، إلا أن يكون وطئها بعد رؤية الحمل ، فلا ينفه ، وإن لم يعلم أكانت حاملاً يوم الشراء أم لا ، حتى ظهر الحمل ، وأتت به لأقل من ستة أشهر ، فالولد للنكاح ، ما لم يطأ بعد الشراء .

الشيخ أبو محمد : قوله : (ما لم يطأها بعد الشراء) ، يريد إذا أتت به لأكثر من ستة أشهر ، وقد روى ابن سحنون عن أبيه ، أنه إذا لم يطأها بعد الشراء فحيضتين ، قال : ولو وطئها بعد الشراء ، فلا ينفيه بلعان ولا بغيره ، استبرأها بعد الوطء أو لم يستبرئها ، إلا أن يدعي أنه استبرأها بعد أن وطئها ، فهذا ينظر ، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر فهو للنكاح ، لا ينفيه إلا بلعان ، وإن ولدت لستة أشهر فأكثر ، فله نفيه بغير لعان إن ادعى استبراء بعد الوطء الذي هو بعد الشراء ، وإن لم يدع استبراء فهو منه ، انتهى .

وذكره في « الجواهر »[2] بنصه ، وعلى هذا فكلام المصنف مقيد بما إذا لم يعلم أنها كانت حاملاً يوم الشراء ، أو بما إذا لم يطأها ، وقولهم : إنها إذا ولدته لستة أشهر فأكثر، أن له نفيه بغير لعان ، يريدون بغير يمين .

وحُكْمُهُ رَفْعُ الْعُقُوبَةِ عَنْهُ أَوِ الأَدَبُ كَالأَمَةِ والذِّمِّيَّةَ

اعلم أنه يترتب على اللعان ستة أحكام ، ثلاثة على لعانه وثلاثة على لعانها ، فالثلاثة:

الأول : سقوط الحد عنه وهو مراد المصنف بقوله : (**الْعُقُوبَةِ**) ، ولذلك عطف عليه (**الأَدَبُ**) .

الثاني : وجوب حد الزنا عليها .

الثالث : قطع النسب .

والثلاثة الأخر : سقوط الحد عنها ، والفراق وتأبيد التحريم ، وقيل في الأخيرين: إنهما يترتبان على لعانه ، وقوله : كالأمة والذمية راجع للأدب ، فإن قاذفها لا حد عليه،

---

(١) « النوادر والزيادات » (٣٤٧/٥) .

(٢) « الجواهر » (٥٦٨/٢) .

وإنما عليه الأدب .

وإِيجَابُهَا عَلَى الْمَرْأَةِ الَّتِي تُحَدُّ في الإِقْرَارِ مَا لَمْ تُلاعِنْ

أي : وإيجاب العقوبة ، وهذا هو الثاني من الأحكام المترتبة على لعانه ، وأخرج بقوله : (**التي تحد بالإقرار**) الصبية والذمية ، وتصور كلامه ظاهر .

وتَحْرِيمُهَا أَبَدا بِتَمَامِ لِعَانِها ، فلو أَكْذَبَ أَحَدُهُمَا نَفْسَهُ قَبْلَ تَمَامِ لِعَانِهِمَا حُدَّ وبَقِيَتْ زَوْجَتُهُ ، ويَتَوَارَثَانِ وإِنْ رُجِمَتْ ....

ما ذكره من تحريمها أبداً هو المعروف ، وذكر ابن شعبان عن عبد العزيز بن أبي سلمة أنه قال : تحل بنكاح جديد ، وقاله ابنه عبد الملك في « الثمانية » .

اللخمي وأشهب ينحوان إليه ، وقوله : (**بِتَمَامِ لِعَانِهَا**) : يدل على أن الفراق يقع لمجرد التعانها ، وهو المذهب ، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله ، في قوله : لا تقع الفرقة بلعانها، حتى يوقعها الحاكم بينهما .

فرع :

والفرقة في اللعان فسخ بغير طلاق ، قال في « المقدمات »[1] : هذا مذهب مالك وجميع أصحابه ، وقال جماعة من أصحابنا: إنه طلقة بائنة .

وفي « الجلاب »[2] أن الملاعنة قبل البناء لا صداق لها ، خلاف قول مالك في «المدونة» و « الموطأ » ، أن لها نصف الصداق ، وبناه اللخمي على أن فرقة المتلاعنين هل هي فسخ فلا شيء لها ، أو طلاق فلها ، وفيه نظر ، فإن المعروف أن لها النصف ، وأن فرقة المتلاعنين فسخ ، ولكن لما كنا لا نعلم صدق الزوج ، ولعله أراد تحريمها وإسقاط حقها من نصف الصداق ، اتهم في ذلك ، وألزم نصف الصداق ، ويحتمل أن يكون إنما التزمه النصف مراعاة لقول من قال هو طلاق .

عبد الحق[3] **واللخمي وابن يونس وابن بشير وغيرهم** : وفي « الجلاب »[4] أيضاً في

(١) « المقدمات » (١/ ٣٢٨) .

(٢) « التفريع » (٢/ ٤٧) .

(٣) « النكت والفروق » (١/ ٢٧٩) .

(٤) « التفريع » (٢/ ٤٧) .

الذي يشتري زوجته قبل البناء أنها يجب لها نصف الصداق ، وهو خلاف المعروف في المذهب .

خليل : ولم أر ما ذكروه عن الجلاب فيه بل فيه النص على خلاف ما نقلوه عنه ، وقول المصنف : (فلو كذب أحدهما نفسه قبل تمام لعانهما حد وبقيت زوجته) ظاهر ، لأن من أكذب نفسه منهما قد أقر على نفسه بما قال الآخر ، فالرجل يحد حد القذف ، والمرأة تحد حد الزنا ، جلداً إن كان أو رجماً .

قوله : (**وَيَتَوَارَثَانِ وإِنْ رُجِمَتْ**) ، لأنه إذا كذب أحدهما نفسه قبل تمام لعانهما ، فهما على الزوجية ، فلذلك يتوارثان ولو رجمت ، لأنها رجمت وهي زوجة ، واختلف إذا شهد الزوج عليها مع ثلاثة ، فرجمها القاضي ، ثم عثر على ذلك ، فهل يرثها هذا الزوج ، فقال ابن القاسم : يرثها إلا أن يعلم أنه تعمد الزور ، أو يقر بذلك ، وقال أصبغ : لا يرثها ، والفرق بينها وبين مسألة المصنف ظاهر ، لأن البينة موجبة للرجم ، ومجرد الدعوى في مسألة اللعان لا توجبه ، لأنها قادرة على رده بأيمانها .

ولَوِ اشْتَرَاهَا وأَقَرَّ بِالْكَذِبِ أو انْفَشَّ الْحَمْلُ لَمْ تَحِلَّ له

يعني : إذا لاعن زوجته الأمة ، فرق بينهما ، ثم اشتراها لم تحل له بالملك ، لأن تحريم اللعان مؤبد ، وإن أقر بالكذب لم ينفعه ، كما لا ينفعه ذلك في الحرة ، وقد تقدم ذلك في الحرة ، وقد تقدم الكلام على انفشاش الحمل .

وَقِيلَ : وبلعَانه

هذا راجع لصدر المسألة ، تقديره : وتحريمها أبداً بتمام لعانها ، وقيل : وبلعانه ، ويقع في بعض النسخ هذا القول متصلاً بالقول الأول ، وهذا القول حكاه ابن شاس[1] ، وهو مقتضى ما وقع لسحنون في «نوازله »، أنه إذا لاعنها ونكلت عن اللعان ، إن ذلك قطع للعصمة .

وقال في « البيان »[2]: لا خلاف إذا صدقته أنها تحد ، وتكون زوجة ، إن شاء طلق ، وإن شاء أمسك ، وإنما اختلفوا هل ينتفي الولد منه دون لعان ، أو لا ينتفي إلا بلعان ،

---

(١) « الجواهر » (٥٦٩/٢) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٤١٣/٦) .

وقد أنكر أبو بكر بن عبد الرحمن قول سحنون لمخالفته الأصول ، وكذلك قال الباجي[١]: لا خلاف عند أصحابنا أنها لو لم تلاعن أو أكذب نفسه قبل تمام لعانها لم تثبت بينهما فرقة، وكأنهما لم يعتبرا قول سحنون .

وقَطْعِ النَّسَبِ إِنْ نَفَى الْوَلَدَ

هذا راجع أيضاً لصدر المسألة ، وهو ظاهر .

فَلَوْ نَكَلَ عَنِ اللِّعَانِ حُدَّ

قد تقدم هذا الفرع ، وأعاده المصنف ليرتب عليه ما بعده ، وهو قوله :

فَإِنْ عَادَ إِلَيْهِ قُبِلَ ، وفِي قَبُولِهِ مِنَ الْمَرْأَةِ : قَوْلانِ

يعني : إذا أعاد الرجل إلى اللعان بعد نكوله قبل ذلك منه ، وظاهر كلامه أنه متفق عليه ، لأنه لم يحك الخلاف ، إلا في المرأة ، وهي إحدى الطريقتين ، قال في «المقدمات»[٢] : هي الصحيحة ، قال: وقيل: إن الخلاف الذي في المرأة يدخل في الرجل.

وحكى المتيطي في القبول من الرجل قولين : قال : والصحيح أنه لا يقبل لأن نكوله كإقراره بالقذف ، وليس له الرجوع عنه ، والقول بقبول اللعان من المرأة إذا عادت إليه لأبي بكر ابن عبد الرحمن وأبي علي بن خلدون .

الباجي[٣]: وعندي أن لابن القاسم في « الموازية » مثله ، والقول بأنها ليس لها الرجوع إلى اللعان لسحنون وأبي عمران وابن الكاتب ، ومنشؤهما هل نكولها كإقرارها بالزنا ، فيقبل رجوعها ، أو يقال حق الزوج قد تعلق بنكولها ، فلا يكون لها الرجوع .

قال في « المقدمات » : وقبول رجوعها هو الصحيح ، فإن قيل : فهل يظهر فرق على الطريقة التي ذكرها المصنف ، قيل : نعم ، وذلك لأن الزوج مدع ، والزوجة مدعى عليها، فإن نكل الزوج فكأنه صفح عنها ، وأيضاً فإنه ما انحصر أمره ، بل له أن يقيم البينة ، وأما هي فإنها مدعى عليها ،فإن نكلت فقد صدقته،وأيضاً فقد انحصر أمرها فيه .

وَحُكْمُ التَّوْأَمَيْنِ حُكْمُ الْوَاحِدِ ولِذَلِكَ يَنْتَفِي الثَّانِي بِاللِّعَانِ الأَوَّلِ ، ولِذَلِكَ ثبتت لَهُمَا

---

(١) « المنتقى » (٣٤٣/٥) .

(٢) « المقدمات » (٣٢٨/١) .

(٣) « المنتقى » (٣٤٣/٥) .

أُخُوَّةُ الأَبِ أَيْضاً ....

أي : حكم الولد الواحد ، فلا يمكن لحوق أحدهما ونفي الآخر ، ولذلك إذا لاعن لأولهما خروجاً ، انتفي الثاني بذلك اللعان ، وإلى هذا أشار بقوله : (**فَلِذَلِكَ يَنْتَفِي الثَّانِي بِاللِّعَانِ الأَوَّلِ**) ، وأفاد بقوله : (**أُخُوَّةُ الأَبِ أَيْضاً**) ، أنهما إخوة أشقاء ، وهذا هو المشهور ، وقال المغيرة: إنهما يتوارثان لأم كالمشهور في توأمي الزانية والمغتصبة ، خلافاً لابن نافع في قوله :إن توأمي الزانية شقيقان ، وأما توأمي المسبية والمستأمنة ، فإنهما يتوارثان لأب وأم ، قاله في « البيان »[1] .

ومَتَى اسْتُلْحِقَ أَحَدُهُمَا لَحِقَ الآخَرُ وإِنْ نَفَى أَحَدَهُمَا وأَقَرَّ بِالآخَرِ حُدَّ ، ولَمْ يَنْتَفِ شَيْءٌ....

هذا لما ذكره أنهما كالولد الواحد .

فَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا ستَّةٌ فَصَاعِداً فَهُمَا بَطْنَان إلا أَنَّهُ قَالَ : إِنْ أَقَرَّ بالثَّاني وقَالَ : لَمْ أَطَأْهَا بَعْدَ الأَوَّل سُئِلَ النِّسَاءُ فَإِنْ قُلْنَ إِنَّهُ يَتَأَخَّرُ هكَذَا لَمْ يُحَدَّ ، بِخِلافِ مَنْ أَقَرَّ بِوَلَدِ زَوْجَتِهِ وقَالَ لَمْ أَطَأْهَا حُدَّ ....

معناه أن الحكم الذي قدمه إنما هو إذا لم يكن بين وضعهما ستة أشهر ، وأما إن كان بينهما ستة أشهر فأكثر ، فليسا بتوأمين ، إلا أنه قال ، أى في « المدونة »[2] : ففيها[3] وإن وضعت الثاني لستة أشهر فأكثر فهما بطنان ، فإن أقر بالأول ونفي الثاني ، وقال : لم أطأها بعد ولادة الأول ، لاعن ونفي الثاني ، إذ هما بطنان ، فسكت المصنف عن هذا الفرع لجريانه على أصل كونهما بطنين ، ثم قال فيها : وإن قال : لم أجامعها بعدما ولدت الأول ، وهذا الثاني مني فإنه يلزمه ، لأن الولد للفراش ، ويسأل النساء ، فإن قلن أن الحمل يتأخر هكذا ، لم يحد ، وإن قلن لا يتأخر ، حد ولحق به ، وهذا هو الفرع الذي ذكره المصنف ، إلا أن فيه إشكالاً ، لأن النساء إذا قلن: إنه يتأخر هكذا ، كان حكم الجميع حكم الحمل الواحد ، فكان ينبغي أن يحد لتكذيبه نفسه في نفيه الأول ، وكأنه إنما

(١) « البيان والتحصيل » (٦/ ٤١٥) .
(٢) « المدونة » (٦/ ١١٨) .
(٣) « تهذيب المدونة » (١/ ٣٨٨) .

أسقط الحد لأن قول النساء لا يحصل به القطع ، فكان ذلك شبهة تسقط الحد ، ويرد على هذا أنه لو كـان كذلك للزم أيضـاً سقـوط الحد إذا قلنا: إنه لا يتـأخر ، لأن قـولهن: لا يحـصل به القطع ، وقـد نص في « المدونة » [1] على وجـوب الحد في ذلك ، وقـوله : بخلاف إلخ ، هكذا قال في « المدونة » فقال بإثر الفرع المتقدم : بخلاف الذي يتزوج امرأة ولم يبن بها حتى أتت به لستة أشهر من يوم تزوجت ، فأقر به الزوج ، وقال: لم أطأ منذ تزوجتها ، هذا يحد ويلحق به الولد .

ابن المواز : وكأنه قال : حملت من غيري ، ثم أكذب نفسه باستلحاقه ، ابن يونس : يريد ولا يسأل في هذا النساء ، كما يسألن في المسألة التي قبلها .

* * *

(١) « المدونة » (٦/١١٨) .

فهرس الموضوعات

* * *